THÈSE DE
CAEN,
1889
N°. 2.

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

DROIT ROMAIN

DES RAPPORTS DE LA SOCIÉTÉ AVEC LES TIERS

DROIT FRANÇAIS

DE LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS A CAPITAL FIXE

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le 11 Avril 1889, à trois heures de l'après-midi,

PAR

DOUAY (Auguste)

AVOCAT

Né à Denain (Nord), le 22 Avril 1865

Le candidat devra, en outre, répondre à toutes les questions qui lui seront posées sur les autres matières de l'enseignement.

LILLE

IMPRIMERIE TYPOGRAPHIQUE ET LITHOGRAPHIQUE LE BIGOT FRÈRES

68, rue Nationale, et 9-11, rue Nicolas-Leblanc.

1889

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

DROIT ROMAIN

DES RAPPORTS DE LA SOCIÉTÉ AVEC LES TIERS

DROIT FRANÇAIS

DE LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS A CAPITAL FIXE

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le 11 Avril 1889, à trois heures de l'après-midi,

PAR

DOUAY (Auguste)

AVOCAT

Né à Denain (Nord), le 22 Avril 1865

Le candidat devra, en outre, répondre à toutes les questions qui lui seront posées sur les autres matières de l'enseignement.

LILLE

IMPRIMERIE TYPOGRAPHIQUE ET LITHOGRAPHIQUE LE BIGOT FRÈRES

68, rue Nationale, et 9-11, rue Nicolas-Leblanc.

1889

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0002

JURY D'EXAMEN :

PRÉSIDENT : M. CABOUAT, Professeur.

Suffragants : MM. CAREL, LAISNÉ-DESHAYES, GUILLOUARD, Professeurs

Aux Miens et a mes Amis

A mes Professeurs

de la Faculté libre de Droit de Lille

DROIT ROMAIN

Des rapports de la Société avec les Tiers

CHAPITRE PREMIER

Notions Générales sur le Contrat de Société

La Société est un contrat consensuel par lequel plusieurs personnes s'engagent mutuellement à mettre en commun certaines valeurs pour ensuite partager les bénéfices et les pertes provenant de leur exploitation ou de leur administration commune.

A la différence de ce qui existe pour les autres contrats, les parties ont le même nom, *socii*, elles remplissent toutes le même rôle, elles ont toutes le même intérêt, par suite une seule action sert à sanctionner les obligations qui ont pu naître du contrat. C'est l'action *pro socio* action éminemment de bonne foi parce que la

Société implique un « quoddam jus fraternitatis » qui commande d'interpréter les actes des parties d'après la bonne foi la plus large (L. 63 pr. D. pro soc. L. XVII t. II).

A peine est-il besoin d'ajouter après le détail précédent que la Société se formait *intuilu personœ* sauf pourtant pour la *Societas vectigalis*, comme nous allons le voir.

On distinguait cinq espèces de Sociétés :

1° La *Societas totorum bonorum* qui comprend tous les biens des associés, biens présents et futurs.

2° La *Societas omnium quæ ex quæstu veniunt* qui comprend les acquisitions faites à titre onéreux par les associés : c'était celle qui était présumée en cas de doute sur la nature de la Société.

3° La *Societas negotiationis alicujus* formée en vue d'une série d'opérations déterminées : opérations de banque, commerce des esclaves, etc.

4° La *Societas unius rei formée* en vue d'une opération déterminée.

5° La *Societas vectigalis* était celle que les publicains constituaient pour affermer les impôts.

CHAPITRE DEUXIÈME

La Société constitue-t-elle une personne morale en droit romain

La division des Sociétés en cinq classes n'est pas la seule qui puisse être proposée. Les auteurs distinguent encore les Sociétés suivant qu'elles constituent ou non des personnes morales. Nous devons nous arrêter à cette classification d'autant plus sérieusement qu'elle doit nous fournir les bases de notre plan d'études sur les rapports de la Société avec les tiers.

Toutefois, cette idée n'est pas universellement acceptée. Des jurisconsultes ont prétendu que toutes les Sociétés en droit romain avaient le caractère de personnes morales ; d'autres ont soutenu qu'aucune Société ne pouvait revendiquer les avantages de la personnification ; d'autres enfin trouvant la vérité dans le juste milieu croient que certaines Sociétés jouissaient de la personnalité morale, les Societates vectigalium vel aurifadinarum, vel argentifodinarum vel salinarum, mais que les Sociétés ordinaires les *Societates privatæ* n'en avaient pas le bénéfice. Nous examinerons successivement ces trois systèmes.

Premier Système. — Le premier système a eu pour défenseurs deux commentateurs du Code Civil, MM. Troplong et Duvergier qui, avant de résoudre la question de savoir si les Sociétés constituaient des personnes morales sous le régime du Code Civil et du Code de Commerce, avaient cru bon de puiser dans le droit romain leurs premiers éléments de discussion.

Pour M. Troplong (1) la question ne fait pas de doute : « Toute Société constitue une personne, un être moral distinct de la personne des associés. » En faveur de cette doctrine, il invoque :

1° La L. 22, D. de fidéj. L. XLVI, t. I. « Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest; quia hereditas personœ vice fungitur sicuti municipium et decuria et Societas ». Si l'hérédité jacente peut être comparée au municipe, à la décurie, à la Société, si la Société au point de vue juridique peut être mise sur la même ligne que le municipe et la décurie auxquels les textes donnent le caractère de « corpus », c'est que la Société a ce même caractère, c'est que la Société « est dans ses rapports intérieurs et extérieurs une personne morale qui éclipse les associés qui la forment ». C'est à cause de cela qu'un tiers peut se porter fidéjusseur pour la Société.

2° La L. 3, § 4, D, de Bon poss. L. XXVII,

(1) Troplong.— Du contrat de Société, t. I, n° 59 et s. p. 77 et s.

t. I, « A municipibus et societatibus et decuriis, et corporibus bonorum possessio adquiri potest. » Si la Société peut obtenir la bonorum possessio comme les décuries et les municipes, c'est qu'elle constitue une personne morale ayant des droits distincts des droits de ceux qui la composent.

3° La L. 65, § 14, D. pro soc. L. XVII, t. II : « Si communis pecunia penés aliquem sociorum sit, et alicui sociorum quid absit, cum eo solum agendum penes quem ea pecunia sit. Quâ deductâ, de reliquo, quod cuique debeatur, omnes agere possunt. » « Dans cette espèce, dit M. Trop» long, le jurisconsulte considère la Société » comme un être de raison distinct des asso» ciés : il la personnifie dans la caisse com» mune tour à tour créancière et débitrice ; un » associé a souffert un dommage qui lui donne » droit à une réparation de la part de la » Société ; s'il est vrai qu'il faille considérer les » associés plutôt que la Société, cet associé » devra s'adresser à chacun de ses coassociés » individuellement, pour se faire indemniser par » eux suivant leur part et portion. Mais il n'en » est pas ainsi ; d'après Paul, c'est plutôt par » la Société que par les associés que l'indem» nité doit être payée. C'est la Société, c'est la » caisse qui devront être actionnées. Sur quoi » le président Favre fait cette judicieuse remar» que : Societas enim ipsa est quœ debet et » arca communis quœ inter socios fictœ cujus-

» dam personœ vicem obtinet. — Et comme il y » avait peu de Sociétés qui n'eussent une caisse » commune, il s'ensuit que la personnification » dont parle Favre et sur l'idée de laquelle » repose la L. 65 § 14, était la règle générale » du contrat de Société. »

En résumé si l'associé doit poursuivre la caisse de la Société plutôt que ses coassociés, c'est que la Société est une personne civile.

4° On tire encore argument en faveur de cette opinion de la L. 31 § 1 D. de furtis L. XVII t. II, qui prévoit une hypothèse où l'actio furti paraît appartenir à la Société en tant qu'être moral.

M. Duvergier a cru trouver un argument à l'appui de sa thèse dans la comparaison de l'action pro socio avec les actions familiœ erciscundœ et communi dividundo. Pourquoi l'action pro socio est-elle purement personnelle alors que les deux autres sont mixtes ? C'est parce que la propriété des choses qui composent l'actif social n'appartient pas aux associés : « Si chaque associé eût été considéré comme personnellement propriétaire d'une partie des choses appartenant à la Société l'action pro socio ayant pour objet le partage eût été réelle ou du moins mixte. » Si les associés ne sont pas propriétaires, la Société considérée comme être collectif, seule, peut l'être. Lui reconnaître un droit de propriété, c'est admettre qu'elle constitue une personne civile.

Deuxième Système. — D'après une seconde opinion aucune Société à Rome n'aurait eu la personnalité morale pas même les Societates vectigalium ni les autres Sociétés qui présentaient un grand intérêt public.

Toute Societas d'après MM. Troplong et Duvergier aurait la personnalité morale. Les Sociétés de publicains et quelques autres d'après le système que nous exposerons tout à l'heure, constituaient un corpus, c'est-à-dire étaient investies de la personnalité juridique. La théorie que nous examinons la dénie même aux Societates vectigalium. Les systèmes précédents font une confusion; il faut se garder de confondre la « Societas publicanorum » du « corpus publicanorum ». Societas désigne les Sociétés de gain constituées pour prendre en adjudication la ferme des impôts et ne jouissant pas du bénéfice de la personnalité parce qu'elles sont soumises aux règles générales des Sociétés.

Corpus doit être considéré comme synonyme de collegium et de sodalitas : corpus publicanorum est un terme qui vise certaines associations de publicains indépendantes de la Societas bien que s'y rattachant par la qualité de leurs membres, lien assez éloigné du reste. Ces associations avaient un but religieux ou un but d'assistance mutuelle; elles pouvaient former des personnes morales à la condttion d'avoir été autorisées soit par une loi, soit par un

senatus-consulte, soit par une constitution comme c'était la règle en la matière.

C'est du moins ainsi qu'on veut interpréter la L. 1. pr. D. Quod cujusc. univ. L. III, t. IV.

1° Ce texte contient la phrase suivante : « Vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere, vel aurifodinarum, vel argentifodinarum et salinarum. » Ces termes doivent s'entendre des Sociétés pour les revenus (vectigalium) que l'Etat (publicorum) retire de ses mines (vel aurifodinarum vel argentifodinarum) ou de ses salines (vel salinarum) c'est-à-dire des Sociétés pour la ferme des mines de l'Etat et des salines, et non comme on le pense généralement des Sociétés pour la ferme des impôts et des douanes (socii vectigalium publicorum) et des Sociétés pour l'exploitation des mines (vel aurifodinarum vel argentifodinarum) et des salines (et salinarum) parce que rien n'autorise l'assimilation des Sociétés des mines et salines privées, appartenant à des particuliers aux Societates vectigalium qui existaient pour la ferme des impôts. Donc fût-il prouvé que les Societates vectigalium avaient la personnalité civile, ce que ne pensent pas les partisans de ce système, il n'y aurait aucune raison pour considérer les Sociétés des mines et salines privées comme investies des mêmes droits. Comment dès lors reconnaître au texte la signification qu'on lui prête ordinairement ?

2° On ne peut argumenter de l'importance

des Sociétés de publicains au temps de Cicéron, pour expliquer que la qualité de personne morale leur ait été conférée parce qu'il n'est pas certain qu'elles avaient gardé la même prospérité au temps de Gaius (auteur de la L. 1, pr. quod. cujusc. univ., L. III, t. IV), époque à laquelle on voit des Sociétés de publicains composées de deux membres. La législation des empereurs était loin de leur être toujours favorable et par suite leur influence avait considérablement diminué.

3° Le fait que les Sociétés de publicains continueraient d'exister après la mort d'un associé ne prouve rien non plus, parce que cette survivance est indépendante de toute personnalité ; la Societas vectigalium existe pour une durée limitée, et c'est par privilège, de par l'autorité de la loi qu'elle subsiste jusqu'à l'époque fixée, malgré le décès d'un de ses membres.

4° Dans les systèmes contraires, on invoque surtout le texte de Gaius déjà cité, d'après lequel les Sociétés de publicains formaient des corpora. Comment ce terme « Societas » peut-il signifier Société dont l'existence est soumise à autorisation et qui est susceptible d'acquérir par une concession expresse du législateur les droits d'une personne juridique? — Si l'on admet cette signification il est bien difficile de répondre à l'objection suivante : De même qu'il y avait des collegia qui étaient interdits par l'État et qui par suite n'avaient pas la personnalité juridique,

de même à côté des Societates vectigalium *publicorum* qui seules avaient obtenu ce privilège par une concession *particulière* et *toute spéciale*, il y a eu d'autres Sociétés auxquelles l'État l'a refusée. Quelles étaient ces Sociétés? Pourquoi ne les indique-t-on pas? On n'a pu arriver jusqu'ici à les déterminer. La difficulté disparaît si l'on prend le mot Societas comme synonyme de collegium : les Societates non autorisées ne faisaient qu'une seule et même chose avec les collegia que l'État n'avait pas voulu tolérer, qu'il avait empêché d'exister en leur refusant l'autorisation. Du reste, même en ce qui concerne les Societates vectigalium, la nécessité d'une concession spéciale ne se comprendrait pas, car supposé que l'État n'eût pas voulu tolérer les Societates vectigalium ou certaines d'entre elles il avait un moyen assez simple de les faire disparaître. C'était de ne pas traiter avec elles.

Reste à interpréter la L. 1 pr. D. L. III, t. IV. Les basiliques qui donnent une traduction du texte de Gaius rendent le mot « Societas » par εταιρεια qui a pour synonyme en latin « sodalitium ». Le mot εταιρεια désigne en grec les associations politiques ou les confréries ou associations fraternelles. Le mot κοινωνια désignait les Sociétés de gain auquel doivent *participer* les associés. Donc Gaius par le mot Societas avait en vue un collegium ou sodalitium et non une Société d'acquisition.

Il est probable, ajoute-t-on, que Gaius s'était servi du terme sodalitium, mais la L. 1 pr. D. L. XLVII t. XXII interdisant les collegia sodalitia, Justinien l'aura remplacé par le terme Societas pour mettre les textes en harmonie et éviter une contradiction apparente. Les L. 3 § 4 D. L. XXXVII t. I. — L. 22 D. L. XLVI t. I. — L. 31 § 1 D. L. XLVII t. II comportent la même observation. De tout ceci on peut conclure que sous Justinien le mot *Societas* et le mot *collegium* étaient *synonymes* et qu'il n'est question au titre Quod cujuscunque universitatis que d'associations ayant un but religieux ou d'assistance mutuelle.

La L. 1, pr. D. L. III, t. IV, place les Sociétés dont il est question, sur la même ligne que les collegia pistorum et les collegia naviculariorum. Ne doit-on pas en induire que le mot *Societas* désigne ici les *corpora* qui pouvaient être formés par les publicani, « en tant qu'ils s'occupaient de l'exploitation des mines d'or ou d'argent et des salines de l'Etat romain » (1). C'est à ce titre, dit-on, et comme exerçant la même profession que les publicani formaient des *collegia* désignés ici sous le nom de *Societates* ayant le caractère de personnes civiles, semblables à ceux des *pistores* et des *navicularii*. On suppose que le but de ces colléges était soit d'assurer des funérailles à leurs membres, soit de donner

(1) Van Wetter. — Les obligations en droit romain, t. III, § 166, p. 149, note 29.

des secours à ceux qui se trouvaient dans le besoin ou qui avaient été victimes d'accidents.

Enfin des inscriptions prouvent l'existence d'un collegium salariorum (fermiers des salines) et d'un collegium aurariorum (fermiers des mines d'or); c'étaient les noms que s'étaient donnés des Sociétés de publicains; on ne peut les distinguer des autres collegia. Ces collegia étaient-ils formés par les membres d'une même Societas ou bien par les membres des différentes Sociétés de publicains « sans rapport avec leur Société dont le profit est le but ? » Les Sociétés de gain formées par les publicains et qui avaient uniquement un but lucratif étant souvent composées d'un petit nombre de membres, cette dernière hypothèse paraît assez vraisemblable (1).

Troisième Système. — Nous croyons que, en principe, les Sociétés ne constituaient pas des personnes morales distinctes de la personne des associés; par exception, certaines Sociétés jouissaient de la personnalité juridique. C'étaient les Sociétés constituées pour la ferme des impôts, et les Sociétés formées pour l'exploitation des mines et des salines.

Plusieurs textes confirment la première partie de cette théorie, dont la L. 1, pr. D, Quod.

(1) En ce sens on cite : Cohn. De naturâ societatum, ch. III, p. 26-24 et Vereinsrecht, nº 7, p. 155-185. Weiske : Ueber Corporationen nach römischen und deutschen Rechtsbegriffen, p. 137, Leipzig 1848. — V. aussi Derecq. Thèse de doctorat. Rapp. de la Soc. avec les tiers. Paris 1884.

cujusc. univ., L. III, t. IV, est en quelque sorte le résumé.

« Neque Societas, neque collegium, neque » hujusmodi corpus passim omnibus habere » conceditur, nam et legibus et senatusconsultis » et principalibus constitutionibus ea res coer- » cetur. Paucis admodum in causis concessa » sunt hujus modi corpora, ut ecce vectigalium » publicorum , sociis permissum est corpus » habere, vel aurifodinarum vel argentifodina- » rum et salinarum (1) » Il ressort clairement de ce texte que les Sociétés à Rome ne pouvaient constituer un corpus que par suite d'une concession expresse du pouvoir, donc exceptionnellement; il était de règle, en effet, que toute personne morale, pour exister légalement, avait besoin de la reconnaissance de l'autorité publique, même lorsque le but poursuivi par elle était un intérêt public. Sous la République, cette reconnaissance résultait d'une loi ou d'un senatus-consulte, sous l'Empire d'un senatus-consulte ou d'une constitution impériale (L. 3, § 1, D, de collegiis L. XLVII, t. XXII).

D'autres textes confirment encore cette solution, entr'autres, la L. 13, § 1, D, L. XIX, t. V. « Si areœ meœ dominium dedero, ut insulâ œdificatâ partem mihi reddas, neque emptionem esse quia pretii loco partem rei meœ recipio :

(1) D'après M. de Savigny (traité de Droit Romain, Trad. Guenoux, T II, § LXXXVIII, p. 249, note h.), il faut lire avec Haloander : « Neque *societatem*, neque collegium, neque hujusmodi corpus passim omnibus... etc. »

neque mandatum, quia non est gratuitum neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suœ dominus esse desinit. » Ainsi donc, si je vous donne la propriété d'un terrain pour que vous y éleviez une construction, à la condition de m'en rétrocéder une partie, il n'y a pas Société, « quia nemo societatem contrahendo rei suœ dominus esse desinit. » Il y a eu dans l'hypothèse translation de la propriété du terrain tout entier ; or, s'il y avait Société, l'associé resterait propriétaire indivis des choses qu'il apporte. Mais si l'associé conserve sur son apport un droit de copropriété, c'est que la Société n'est pas une personne morale, car alors c'est elle qui acquerrait le droit abandonné à son profit par chacun des associés.

M. Troplong, il est vrai, donne à ce texte une tout autre interprétation. D'après M. Troplong, « Ulpien ne veut pas dire que durant » la Société l'associé n'a pas aliéné son droit » de propriété sur son apport. Car il se mettrait » en contradiction avec Paul (L. 1, § 1, D. pro soc. » L. XVII, t. II) et Gaius (L. 2, D. pro soc.). Et » il est certain que pendant la durée de la » Société, il y a communication et aliénation : » « Res continuo communicantur ». Seulement cette » aliénation n'est pas absolue et à la fin de la » Société, chacun retire une part. Or, c'est ce » retrait possible qui préoccupe Ulpien et lui » fait dire que la Société n'entraîne pas une » aliénation. Non ! ce n'est pas une aliénation abso-

» lue, comme celle qu'engendre la vente : non, » l'associé n'aliène pas sa chose radicalement et » à toujours. Voilà le sens de ce texte d'Ulpien » tel que l'a fixé le président Favre » : « Sic » enim intellige utqui societatem etiam univer- » salem et in perpetuum contrahit, rem suam » communicet socio et in eam partem dominii » transferat, non in perpetuum, sed quamdiu » durat Societas ». (1).

L'explication de M. Troplong dénature le sens de la L. 14 Prœscriptis verbis. « Nemo societatem contrahendo rei suœ dominus esse desinit » cela semble bien signifier que l'associé ne cesse pas d'être propriétaire et l'on traduit « l'associé cesse d'être propriétaire pendant la durée de la Société » mais seulement « quamdiu durat Societas » ; lors de la dissolution il recouvre la propriété d'une partie de son apport ! C'est jouer sur les mots.

Donc le droit de propriété exclusive que l'un des associés avait sur l'objet qui sert d'apport est remplacé par un droit de copropriété indivise qui appartient à tous les coassociés ; l'associé qui l'a mis en commun ne perd pas son droit tout entier, il reste propriétaire de son droit pour une certaine part. Voilà pourquoi le jurisconsulte Julien a pu dire : « nemo societatem contrahendo rei suœ dominus esse desinit. »

La loi 58 D. pr. pro soc. L. XVII t. II s'oppose

(1) Rationalia in pandectas, sur la L. 13, § 1, prœscr : verbis.

aussi à la première interprétation. A la dissolution de la Société a lieu la liquidation : il est certain que la reprise des apports en propriété n'a pas lieu en nature parce que l'associé qui effectue un apport ne devient pas créancier d'un corps certain : en effet la L. 58 pr. D. pro soc. décide que si l'objet mis en commun vient à périr, l'associé qui l'a apporté ne supporte pas seul la perte : il a l'action pro socio contre ses coassociés qui doivent supporter la perte chacun proportionnellement à leur part (1). L'associé n'avait donc pas aliéné sa chose seulement pour la durée de la Société puisqu'à la dissolution les associés sont encore considérés comme en étant ou en ayant été copropriétaires indivis.

On fait intervenir la règle « res continuo communicatur » les apports deviennent, dit-on, la propriété de la Société, être moral, mais nous croyons plutôt que les biens des associés deviennent communs entre eux « communes fiunt. » Du reste, la L. 1, § 1, D, pro soc., L. XVII, t. II, ne s'applique qu'aux Sociétés totorum bonorum.

D'autres textes viennent confirmer la doctrine que nous adoptons. La L. 68 D. pro soc. L. XVII, t. II, s'exprime ainsi : « Nemo plus parte suâ potest alienare. » Un associé peut vendre la part qu'il a dans un ou plusieurs des biens

(1) Accarias, Précis de Droit Romain, t. II, n° 629, p. 524.

sociaux, mais rien au delà. Pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'il soit copropriétaire indivis des biens sociaux; il ne pourrait avoir semblable droit, si la Société, être juridique, était seule propriétaire. Qu'arrive-t-il, en effet, lorsque l'associé dispose de sa part, à titre gratuit ou onéreux, avec l'intention de se substituer un tiers dans la qualité d'associé ? Il rompt le pacte social formé intuitu personœ et provoque le partage du fonds social; il peut réclamer une part correspondante à la quotité de son droit dans chacun des objets qui le composent. Or, si la Société était propriétaire en tant qu'être fictif, l'associé ne serait que créancier, la vente ne pourrait se réaliser que par la cession de l'action de l'associé pour obtenir le partage ou par la délégation; or, deux textes prouvent qu'il s'agissait bien des objets composant l'actif social (L. 16, D, de reb cred. L. XII, t. I — C. 3, C. de comm rerum alienat, L. IV, t. LII).

Donc, en général, les Sociétés ne jouissaient pas à Rome du privilège de la personnalité.

Contrairement à la seconde opinion que nous avons exposée, il est permis de penser qu'il y avait exception pour certaines Sociétés que nous avons déjà nommées. « Il y avait aussi des entreprises industrielles faites en commun et sous la forme de personnes juridiques, dit M. de Savigny (1). On les appelle ordinairement

(1) Traité de droit romain, t. II, § LXXXVIII, p. 249. — M. Goudsmit dit de même: « Enfin, il se présente sous la forme de personnes juridiques des associations fondées dans

« Societates ». Leur nature était en général purement contractuelle ; elles engendraient des obligations et elles finissaient par la volonté ainsi que par la mort d'un seul de leurs membres. Quelques-unes d'entre elles obtinrent le droit de corporation, mais en conservant toujours le nom de Societates. Telles furent les Sociétés pour l'exploitation des mines et des salines et pour la perception des impôts. » C'est donc du droit romain que nous vient la grande division des Sociétés en deux classes : Sociétés ayant le caractère de personnes morales, Sociétés dépourvues de ce privilège, comme le prouve la L. 1, quod cujusc univ., L. III, t. IV. « Paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora : ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum. » Les Sociétés pour la ferme des impôts, etc., avaient obtenu la personnalité, à raison de leur énorme importance ; elles touchaient en effet de très près aux intérêts généraux et elles revêtaient par suite de la délégation qu'elles recevaient du pouvoir, un caractère public. A ce point de vue, elles ressemblaient à nos sociétés d'utilité publique.

un but de lucre. Ces associations, malgré leur caractère corporatif, gardent la dénomination de Societates et conservent avec les Sociétés proprement dites de nombreuses ressemblances quant à leurs effets. De ce nombre sont les Societates vectigalium publicorum, aurifodinarum et salinarum. » (Cours des Pandectes, t. I, § 32, p. 70).

Il nous reste à réfuter les divers arguments présentés par les deux systèmes précédents.

Remarquons d'abord que le premier système met le législateur romain en contradiction avec lui-même. « Ce système.... fait dire au législateur ce qui suit : les droits attachés à la personnalité civile sont peu prodigués, mais ils sont la conséquence nécessaire du droit d'association, lequel était fort large. » Ces deux propositions sont absolument contradictoires...(1).

M. Troplong donne-t-il à la L. 22 D. de fidéj : L. XLVI t. I son véritable sens : « Hereditas personœ vice fungitur sicuti municipium et decuria et Societas. » Florentinus a en vue dans ce texte non pas toutes les Sociétés, mais seulement les Sociétés exceptionnelles dont nous venons de parler, qui, par faveur, jouissaient de la personnalité morale. C'est ainsi que Pothier (2) comprenait ce texte, puisqu'il ajoute immédiatement « id est collegium, sodalitium, universitas. De plus interpréter la L. 1 D. L. III t. IV par la L. 22 D. de fidéj : c'est comme on l'a dit juger la question par la question.

Quant à la L. 3 § 4 D. de Bon. poss. L. XXVII t. I qui accorde la bonorum possessio à une Société, à la L. 31 § 1 de furtis L. XLVII t. II qui donne l'actio furti à une Société, elles s'expliquent facilement dans notre système et vien-

(1) Piebourg. — De quelques questions sur les personnes civiles. Revue de Législation 1876. P. 93.

(2) Pothier. Pandectes. Editio quarta. Paris, Belin Leprieur, 1821.

nent même le confirmer. Si la bonorum possessio et l'actio furti peuvent appartenir à une Société, personne morale évidemment, si un tiers peut se porter fidéjusseur pour une Société (L. 22 D. de fidéj. LXLVII t. II), cela prouve bien que certaines Sociétés étaient considérées par faveur comme personnes civiles, mais cela ne prouve pas que toutes les Sociétés avaient ce caractère. Ce sont des règles exceptionnelles applicables à certaines situations particulières aux Societates vectigalium, etc. C'est l'avis de Cujas (1) dont on invoque bien à tort le témoignage dans l'opinion contraire : « Ostenditur in hoc paragrapho a municipibus adquiri posse bonorum possessionem, itaque non tantum a singulis sed etiam a municipiis, civitatibus et a societatibus, quœ species est universitatis ut societatibus publicanorum. »

L'argument tiré de la L. 65, pro. soc. ne nous persuade pas. Car de ce que l'associé, qui a souffert un dommage de la part de la Société ou à l'occasion de faits intéressant directement la Société, doit d'abord s'adresser à l'associé préposé à la gestion de la caisse commune, il ne s'en suit pas que la Société soit une personne morale capable de droits et d'obligations et susceptible d'être poursuivie comme telle par ses créanciers. Il n'y a là rien qui puisse renverser notre système : le texte peut très bien

(1) Cujas sur le titre de Bonorum possessionibus. Loi 3 § 4.

s'expliquer sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir l'idée de personnalité. Les associés ont constitué un mandataire qui a la garde des deniers de la Société, qui a mission de payer les créanciers de la Société et de percevoir les créances communes. Pourquoi l'associé devenu créancier de la Société pour une cause quelconque ne pourrait-il s'adresser à son coassocié investi de pouvoirs spéciaux, pour lui réclamer paiement, tout comme un créancier ordinaire étranger à la Société ?

Le motif sur lequel M. Duvergier prétend appuyer cette théorie est tout à fait inexact, le rôle de l'action pro socio et le rôle de l'action communi dividundo étant absolument différents. C'est en effet une erreur de croire que l'action communi dividundo est spéciale à l'indivision ayant une autre cause que la Société, que le partage du fonds social s'obtient par l'action pro socio et que le partage de la communauté s'obtient par l'action communi dividundo. Si la première est personnelle, c'est parce qu'elle tend à l'exécution par chacun des associés, des obligations nées du contrat; si la seconde est mixte c'est parce qu'elle a pour but le partage des biens communs entre plusieurs personnes sans distinguer entre le cas où elles sont associées et celui où elles ne le sont pas (L. 2, D. communi dividundo L. X, t. III). Donc si leur caractère diffère c'est parce qu'elles n'ont ni la même cause ni le même objet.

Le second système dû à l'érudition allemande nous paraît assez obscur : à peine a-t-il pu éveiller quelques doutes dans notre esprit et y faire naître quelque indécision.

L'interprétation de cette phrase de Gaius « vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum, vel argentifodinarum et salinarum » ne nous semble pas pouvoir faire difficulté. Nous sommes persuadé qu'il s'agit bien là des Sociétés pour la ferme des impôts et des douanes, et des Sociétés pour l'exploitation des mines et des salines.

C'est la première interprétation qui se présente à l'esprit à la lecture du texte : « il est permis aux associés pour la ferme des revenus publics pour l'exploitation des mines d'or et d'argent et des salines de former un corpus », c'est-à-dire une personne morale. Donc les Sociétés constituées par eux et ayant tel but que nous venons d'indiquer forment des corporations au même titre que les collegia et que les municipes et ont comme eux la personnalité civile.

On objecte il est vrai qu'il n'est pas rationnel de mettre à côté des Sociétés pour la ferme des impôts et des douanes publiques les Sociétés pour l'exploitation des mines et des salines qui se trouvent entre les mains des particuliers, que rien ne paraît autoriser l'assimilation aux Societates vectigalium publicorum, des Sociétés pour l'exploitation des mines et des salines

privées. Raisonner ainsi c'est donner à la L. 1, pr. D, Quod cujusc. univ. L. III, t. IV, un sens restrictif qu'elle n'a pas. Nous croyons que les Sociétés qui avaient pour but le recouvrement des revenus de l'Etat romain, ou l'exploitation des mines, avaient toutes la personnalité civile à raison de la place importante qu'elles tenaient dans l'organisation de la richesse publique à Rome sans distinction entre les Sociétés qui avaient pour objet l'exploitation des mines d'or et d'argent et des salines *de l'Etat*, celles qui avaient pour objet *la perception de l'impôt* sur les mines d'or ou d'argent et les salines *des particuliers*, et celles qui avaient pour objet *l'exploitation* même des mines ou salines *des particuliers*. La loi 1, pr. Quod cujusc. univ. doit au contraire recevoir une interprétation extensive. Comme le dit très bien M. Van Wetter (1) : « Si Gaius mentionne spécialement les Sociétés pour l'exploitation des mines d'or et d'argent et des salines, il le fait non pas pour restreindre à ce cas la personnalité civile des Sociétés *de publicains* mais pour étendre la personnalité à un autre groupe de Sociétés ». Nous avons encore pour nous la L. 63, § 8, D. pro. soc. L. XVII, t. II, « Circa societates vectigalium *cæterorumque* idem observamus ut heres socius non sit, nisi fuerit adscitus ». Quelles étaient ces autres Sociétés qui étaient assimilées

1) Des obligations en droit romain t. III, § 166, p. 149, note 29.

aux Societates vectigalium sinon les Sociétés de mines et de salines dont parle la L. 1, pr. D. LIII, t. IV. Si elles étaient assimilées sur ce point, n'est-il pas probable qu'elles l'étaient sur les autres par ex. au point de vue de la personnalité.

En résumé, des Sociétés de publicains prenaient souvent en location les mines de l'Etat : il est difficile de leur contester la personnalité civile. Il est probable que les Sociétés de mines et salines appartenant aux particuliers, étaient soumises aux mêmes règles par analogie. Mais dût-on refuser cette qualité à cette espèce de Sociétés qui étaient fondées dans le but d'exploiter les mines et les salines appartenant à des particuliers, il n'en reste pas moins vrai que des Sociétés de gain formées par des publicains, passaient aux yeux du pouvoir et aux yeux de tous pour personnes civiles.

D'ailleurs, lorsqu'on recherche si la loi romaine ne contient pas quelques traits saillants qui mettent en relief les qualités propres de ce genre de Sociétés et engagent à les classer dans une catégorie spéciale, on remarque bientôt 1° que indépendamment de toute idée de personnification, la Société de publicains ne se dissout pas par la mort d'un des associés et que l'intérêt est transmissible à ses héritiers (L. 59 pr. et L. 63 § 8 D, L. XVII t. II) ; 2° que la renonciation d'un des associés n'a pas d'influence sur l'existence de la Société ; 3° que la Société de

publicains compte des fonctionnaires distincts de l'actor des collegia : le manceps, le magister, les promagistri. Enfin, Pomponius, oppose aux Sociétés ordinaires qu'il désigne sous le nom de Societates privatœ, les Societates vectigalium (L. 59 pr. D. pro soc. LXVII t. II). Elles présentaient donc des caractères exceptionnels : et l'on a tout lieu de penser que le principal était le privilège de la personnalité civile.

Et les LL. 22, D, de fidéj., L. XLVI, t. I, — 31, § 1, D, de furtis, L. XLVII, t. II — 3, § 4, D de bon poss., L. XXXVII, t. I, ne supposent-elles pas implicitement l'existence de Sociétés douées de personnalité ?

Nous reconnaissons que les Sociétés de publicains n'avaient plus sous l'Empire la même prospérité que sous la République ; nous faisons cette concession au second système, mais on n'apporte pas la preuve que les Sociétés de publicains ont perdu la personnalité en même temps qu'elles ont diminué d'importance.

On s'étonne que dans notre système, le mot « Societas » de la L. 1, pr., D. Quod cujusc. univ., LIII, t. IV, prenne la signification particulière de Société qui a besoin d'une autorisation pour se constituer et pour jouir de la capacité accordée aux personnes morales, et l'on demande quelles sont les Sociétés que l'État ne voulait pas tolérer. L'objection ne porte pas. Nous n'avons pas à répondre à cette question, il

doit nous suffire de donner la raison d'être de cette autorisation et d'en expliquer le motif.

La loi romaine exigeait l'intervention du pouvoir pour la constitution des Sociétés de publicains au même titre qu'elle exigeait cette intervention pour la fondation des collegia: « Il est certaines entreprises dont l'exécution importe au bien-être général. Ceux qui s'y livrent doivent être autorisés à se réunir, à concentrer leurs efforts. La législation romaine admettait en leur faveur le droit d'association. C'est ainsi que nous voyons figurer dans la loi, des Sociétés de publicains qui se chargent de la perception des impôts, des Sociétés qui exploitent les mines d'or et d'argent, des Sociétés qui exploitent les salines.... » et d'autres associations « dont l'existence paraît liée à la prospérité de l'État » (1). L'autorisation se justifie donc d'un côté comme de l'autre, elle a la même raison d'être ; il ne s'agit pas ici d'opérations civiles ou commerciales qui s'accomplissent exclusivement dans le domaine du droit privé. Les Sociétés dont nous nous occupons sont considérées comme étant d'ordre public; quoi d'étonnant dès lors qu'on les assimile quant aux conditions d'existence, aux collegia avec lesquels elles ont au moins un caractère commun, le caractère public ? (2)

(1) Vauthier. — Etudes sur les personnes morales dans le droit romain et dans le droit français 1887, ch. III. Les Collèges et les Corporations, p. 40.

(2) Le 2e système semble aussi supposer qu'une autorisation

Le mot Société s'applique aussi bien en droit français aux Sociétés qui ont la personnalité morale qu'aux Sociétés qui ne la possèdent pas et rien ne dit qu'il n'en était pas de même en droit romain.

Quelles sont les Sociétés que l'État ne voulait pas tolérer ? Le jurisconsulte en écrivant la L. 1 pr. quod cujusc univ. L. III t. IV n'avait pas à le dire. Au surplus les règles générales du droit ne prohibaient-elles pas toutes les Sociétés illicites ? (L. 57, L. 52 § 17, L. 53 D. L. XVII t. II.)

Il est bien difficile d'admettre pour ne pas dire impossible, que le mot Societas soit mis à la place du mot collegium ou sodalitium, par les rédacteurs du Digeste. S'il en est ainsi, il y a redondance dans le texte sur lequel on discute, il faut accuser Justinien et ses jurisconsultes d'inattention ou de remplissage non-seulement dans le texte sur lequel nous discutons, mais encore dans les L. 3 § 4 de bon. poss. L. XXXVII

spéciale était nécessaire à chaque association qui se constituait Ce point est discuté. « En effet, dit M. Goudsmit (op. cit. p. 79, » note 1), dans la L. 1, pr. D. quod cujusc. univ. il est dit que la » formation d'associations est prohibée par des dispositions légis- » latives de diverses espèces et que ce n'est que par exception » qu'elle est permise dans un petit nombre de cas ; mais si l'asso- » ciation rentre dans la classe de ces sociétés licites (quibus est » permissum corpus habere) alors il n'est plus question d'auto- » risation ultérieure ; — proprium est — habere res communes » etc. C'est ainsi que la L. 3, § 1, D. de coll. porte : nisi ex scti » auctoritate corpus coierit — contra sctum collegium celebrat, » d'où la conséquence, que l'association une fois tolérée est par » cela même *collegium* ou *corpus*. Enfin la L. 20, D. de reb. dub. » L. XXIV, t. 11 est décisive : « Nulla dubitatio est, si corpori cui » *licet* coïre, legatum sit, debeatur ». La personnalité résultait donc d'une autorisation générale donnée à telle ou telle classe d'associations, sinon toute Société aurait pu solliciter l'autorisation sauf à ne pas l'obtenir ; c'est bien le contraire qui semble résulter de la L. 1, Quod cujusc. univ.

t. I — L. 22 de fidej. L. XLVI t. I — L. 31 § 1 de furtis L. XLVII t. II. Le mieux est donc d'admettre que certaines Sociétés de gain pouvaient avoir la personnalité morale.

Le mot εταιρεια n'a pas en grec un sens tellement déterminé, qu'il puisse commander une interprétation nouvelle (1).

On parle d'un collegium aurariorum formé par des fermiers des mines d'or et d'un collegium salinariorum ou salariorum constitué par des fermiers des salines mentionnés dans des inscriptions (2) et l'on prétend qu'il s'agit là de collegia publicanorum. Le *collegium aurariorum* dont parlent les inscriptions, n'est peut-être que le collège des orfèvres ou des batteurs d'or (3) ou un collège formé par les *ouvriers* des salines. (4)

(1) Pothier traduit ce mot par « Societas ». — Pothier. Trad : Bréard Neuville Paris. Imp : Dondey-Dupré 1819. T. 3, p. 108.

(2) Collegium salariorum.
DIVO ‖ CONSTANTINO ‖ AUGUSTO ‖ CORPUS ‖ SALARIO RUM ‖ POSUERUNT.
Orelli Henzen. 1092.
Collegium aurariorum.
I.O.M. ‖ PRO S. IMPERA ‖ TORIS ‖ COLLEG. AURA ‖ RIORVM L ‖ CALPVRNIVS ‖ DD.

IVL HERCVLANVS ‖ DE SCOL.FAB.AVRAR. VIXIT A.LXXX.
Orelli Henzen. 4065.

(3) Dictionnaire des antiquités grecques et romaines de d'Aremberg et Saglio. — V^is *Aurarius, aurifex* P. 568 — *Collegium* P. 1294 col. 1.

(4) M. J. Lefort dans un article publié récemment dans la *Revue de Législation des mines* et où il semble se montrer favorable au système adverse, s'exprime ainsi en ce qui concerne les *collegia aurariorum* ' «... la composition était différente (de la composition des autres Sociétés vectigaliennes) pour les Sociétés minières appelées parfois *collegia aurariorum* (les fermiers prenaient le nom de *leguli aurariorum*) ; comme le point principal était la production, il n'était pas besoin d'un mécanisme compliqué, de *mancipes*, de *magistri*, de *promagistri ;* ces Sociétés ne comprenaient que quelques membres, parfois deux seulement »

Peut-on identifier ces collegia formés par des artisans avec les Societates dont nous nous occupons. On prétend que les Sociétés formées par les fermiers des mines et des salines avaient des buts religieux ou sociaux, étaient en réalité des associations pieuses par ex. des collèges funéraires ou des associations de secours mutuels. Des associations pieuses? Peut-être; mais il n'est pas prouvé que ce soit de celles-là que s'occupe la L. 1 pr. D. L. III t. IV, au contraire toutes les présomptions sont pour notre opinion. Des associations de secours mutuels? c'est encore moins probable. Pour affermer les mines et les salines, il faut de gros capitaux et si l'on admet avec le deuxième système que chaque Societas vectigalis devait obtenir une autorisation individuelle, dans le cas où on lui ferait cette concession, ne pourrait-on soutenir avec vraisemblance que l'autorisation que devaient obtenir les Sociétés fermières avait ce but principal : permettre de constater que la Société avait un caractère suffisamment sérieux pour pouvoir se présenter aux enchères sans danger pour l'État et le Trésor, et que ses membres avaient un crédit et une fortune capables d'assurer le succès de l'entreprise. Les fermiers des mines et des salines appartenaient pour la plupart à l'ordre

et il cite : Cohn, Romische Vereinsrecht Abhand : VII p. 168 — Ledru. Des publicains et des Sociétés vectigalium. — Les Mines et les Mineurs à Rome, par Joseph Lefort, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. — Rev. de Législation des Mines 1888. Fasc. Mai-Juin, p. 133. Note 3.

des chevaliers, presque toujours ils étaient patres-familias; comme les fermiers d'impôts dont ils partagaient l'énorme influence ils étaient donc gros capitalistes. Et ils auraient formé entre eux des Sociétés de secours mutuels! Pour subvenir à quels besoins?

Admettons même pour un instant que les publicani aient formé des collegia. Ces collegia ne pouvaient-ils pas être juxtaposés aux Societates, tout en restant indépendants, les collegia soumis aux règles générales applicables aux corpora qui avaient le caractère d'associations funéraires ou de secours, les Societates soumises uniquement aux règles des Sociétés de gain et dotées par exception de la personnalité (1).

En résumé, les Sociétés vectigaliennes et les Sociétés constituées pour l'exploitation des mines et des salines étaient des personnes morales en droit romain, mais elles étaient les seules Sociétés qui eussent ce privilège.

Nous nous sommes étendu longuement sur la question de la personnalité des Sociétés mais il était nécessaire d'élucider cette question avant d'aborder le point capital de notre sujet : « des rapports de la Société avec les tiers. » Ces rapports en effet variaient du tout au tout suivant que la Société constituait ou non une personne morale.

(1) En notre sens : Savigny. — Traité de droit romain, t. II, § 88, II, C. — Van Wetter. Des obligations en droit romain, t. III, § 166, p. 149, note 29. — Accarias. Précis du droit romain, T. I, nº 187, p. 476. — T. II, nº 624, p. 510. — Derecq. Des rapports de la Société avec les tiers. Thèse de doctorat : Paris 1884.

La division de notre sujet est tout naturellement indiquée par cette remarque.

Nous examinerons :

1° Les rapports des Sociétés qui avaient la personnalité morale avec les tiers ;

2° Les rapports des Sociétés qui n'avaient pas la personnalité morale avec les tiers.

CHAPITRE TROISIÈME

Rapports des Sociétés qui avaient la personnalité morale avec les tiers

On peut tenir pour certain qu'en droit romain la personne morale était considérée comme une entité juridique distincte de la personne des associés : « Les corps, dit Pothier (1), sont des êtres intellectuels, différents et distincts de toutes les personnes qui les composent. Universitas distat à singulis. C'est pourquoi les choses qui appartiennent à un corps n'appartiennent aucunement, pour aucune part à chacun des particuliers dont le corps est composé; et en cela la chose appartenante à un corps, res universitatis, est très différente d'une chose qui serait commune entre plusieurs particuliers, pour la part que chacun a en la communauté qui est entre eux ». Les personnes morales peuvent être propriétaires, acquérir, posséder, contracter, c'est-à-dire avoir des créances et des dettes, et

(1) Pothier. Traité des personnes, 1re partie, t. VII. — Edit. Bugnet, t. IX, p. 78, nº 210. Pandectes. Trad. Bréard Neuville. T. 3. p. 108. « Hœc corpora licita, seu universitates, quamdam per juris intellectum personam habere videntur; quœ distat à singulis personis ex quibus componeretur. »

ester en justice, mais seulement au moyen de représentants, puisque ce sont des êtres de raison, des êtres fictifs et abstraits, n'ayant aucune réalité matérielle. Elles ont besoin pour se manifester au dehors du concours des personnes physiques : « Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis, sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est, ad exemplum reipublicœ, habere res communes, arcam communem *et actorem sive syndicum*, per quem tanquam in republicâ quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat ». (L. 1, § 1. D. Quod cujusc. univ. L. III, t. IV). Un autre texte bien plus formel encore prouve que c'était bien là la doctrine romaine : « Si quid universitati debetur, singulis non debetur : nec quod debet universitas singuli debent ». (L. 7, § 1, D. Quod cujusc. univ. L. III, t. IV). La loi 1, § 15, D. L. XXXVI, t. I, fournit encore un argument sérieux. D'après ce texte un corpus peut valablement être institué héritier à la charge de restituer la succession par fidéicommis à l'un de ses membres. Les droits de la personne morale ne se confondent donc pas avec les droits de chacun de ses membres. (V. aussi L. 1, pr. D. de divis. rerum L. I, t. VIII. — L. 6, § 1, D. L. 1, t. VIII. — L. 2, D. L. III, t. IV). M. de Savigny a résumé cette doctrine en peu de mots : « Posséder et se faire représenter, voilà, dit-il, ce qui constitue la personne juridique » (1). C'est en

(1) De Savigny. Traité de droit romain t. II, § 88, p. 259.

se plaçant au même point de vue, que l'on a défini la personne civile « un être idéal sans existence matérielle auquel une autorité supérieure a reconnu la capacité d'acquérir et la faculté d'avoir un représentant dans l'exercice actif et passif de ses droits » (1). Donc, dès qu'une association possède le corpus, elle possède un patrimoine séparé du patrimoine de chacun des associés et elle a le droit d'avoir un *syndicus* ou *actor* comme toute universitas.

La L. 1 § 1 quod cujusc univ. L. III t. IV ne distingue pas entre la Societas et les autres corpora et d'autres textes placent les Societates dont nous nous occupons à côté des municipes, des décuries, etc. auxquels ils les assimilent. On peut en conclure qu'elles ont les mêmes caractères juridiques et qu'elles sont en général investies des mêmes droits et des mêmes obligations (L. 3. § 4, D. de Bon. poss. L. XXXVII t. I. — L. 22 D. de fidéj. L. XLVI t. I. — L. 31. § 1, D. de furtis L. XLVII t. II). Les anciens interprètes avaient bien discerné leur nature juridique, lorsqu'ils leur avaient donné le nom de Societates collegiatœ « parce qu'elles étaient de véritables collèges publics reconnus comme tels dans toutes leurs relations » (2). Peut-être même la personnalité juridique fût-elle reconnue aux Sociétés vectigaliennes avant d'avoir été

(1) Piébourg. De quelques questions sur les personnes civiles. Revue de législation 1876, p. 83.

(2) Troplong. Du contrat de Société, t. I, p. 78. Préface p. 31.

accordée aux collèges. On se fonde pour avancer cette opinion sur un texte de Varron (1) d'après lequel les Societates vectigalium à cette époque avaient des esclaves et pouvaient les affranchir : « Nomina habent ab oppidis plerique libertini a municipio manumissi in quo, ut Societatum et fanorum servi non servarunt proprietatis rationem. » (2).

Quelle était la situation des corpora en général vis-à-vis des tiers, et en particulier des Sociétés qui avaient la personnalité morale ? Étaient-ils libres d'accomplir les mêmes actes juridiques que les particuliers ? Avaient-ils les mêmes droits ?

Les personnes morales parmi lesquelles les Societates pouvaient-elles acquérir entre vifs ? A l'origine les Societates ne pouvaient avoir la possession d'une chose : la possession suppose le corpus et l'animus, les Sociétés sont dans l'impossibilité de remplir cette seconde condition, par le fait même qu'elles sont des *êtres fictifs* indépendants des membres qui les composent. L'animus est quelque chose de personnel, qui doit nécessairement résider dans le possesseur « il suppose un être qui pense et qui veut » ; (3)

(1) Varron. de linguâ latinâ VIII, 83.

(2) *Voir sur cette intéressante question de la personnalité :* De Savigny : Traité de Droit Romain, t. II § LXXXV et suiv. P. 229. — Humbert, Essai sur les Finances et la comptabilité publique chez les Romains, t. II. p. 60. — Vauthier op. cit. eod. loc. — Von Ihering. L'esprit du droit romain, t. III. P. 57 § 46. T. IV, p. 213, § 65. — p. 340 et suiv. § 71. — Goudsmit. Cours des Pandectes T. I. Ch. III. Section IV p. 65-85.

(3) Savigny. Traité de droit romain, T. II, § XC.

or, les universitates n'auraient jamais pu posséder que par l'entremise d'une personne physique, d'un des membres de l'universitas ou d'un esclave (L. 1, § 22, D. de acq vel amitt. poss. L. XLI, t. II). Par suite, elles ne pouvaient acquérir ni par l'occupation, ni par la tradition, ni par l'usucapion.

Sous l'empire, les nécessités pratiques l'emportèrent sur la rigueur du droit. La L. 1, § 22, D. L. XLI, t. II, nous apprend que d'après le jurisconsulte Nerva un municipe pouvait posséder et usucaper les choses que son esclave avait acquises par son pécule : « Sed Nerva filius ait, per servum quœ peculiariter acquisierint (municipes) et possidere et usucapere posse. » Mais d'autres jurisconsultes repoussaient cette manière de voir : « sed quidam contra putant... quoniam ipsos servos non possideant (universitates). » C'est cette dernière opinion que Paul semble adopter. Mais Ulpien moins respectueux des vieilles traditions et plus soucieux du progrès avait adopté l'opinion de Nerva. « Sed hoc jure utimur ut et possidere et usucapere municipes possint idque eis et per servum et per liberam personam adquiratur. » (L. 2, D. de acq. vel amitt poss : L. XLI, t. II. — L. 7, § 3, D. ad exhib. L. X t. IV). Ainsi donc l'universitas possédera non-seulement par l'intermédiaire de son esclave, mais elle possédera encore et usucapera légitimement per liberam personam, c'est-à-dire par l'intermédiaire de son représentant dont elle

empruntera l'animus et qui se mettra en possession. La personne juridique possèdera ainsi d'une façon inconsciente. Dès lors, il n'y avait plus de raison pour interdire aux universitates les modes d'acquérir qui supposaient la possession : l'occupation, la tradition et l'usucapion.

L'universitas put de tout temps même dans l'ancien droit romain, acquérir par la mancipation, acte solennel, puisque de tout temps elle fut propriétaire d'esclaves : « Quod servi nostro mancipio accipiunt, id nobis adquiritur. » (G. C. II. § 87). Elle pouvait avoir la propriété de toute espèce de choses. (L. 1. § 1. D. L. III, t. IV).

De même l'adjudicatio, l'accessio lui étaient applicables, mais l'in jure cessio réclamant la présence des parties in jure, comme les autres legis actiones, lui demeura interdite.

La succession, à cause de l'absence de parenté chez les personnes morales, ne présentait pour elles qu'un intérêt fortuit et accidentel. La succession ab intestat leur resta donc fermée jusqu'au jour où elles purent succéder dans ces conditions à leur affranchis (L. 1, pr. D. de libertis univ. L. XXXVIII, t. III).

Les municipes et les autres universitates ne pouvaient être institués héritiers pour un triple motif (Ulp. Reg. t. XXII, § 5) : 1° les universitates constituaient des personnes incertaines ; 2° elles ne pouvaient faire cretio puisque la formule sacramentelle ne peut être prononcée que par l'institué en personne et que les univer-

sitates ne pouvaient agir que par représentant ; 3° elles ne pouvaient pas plus faire acte d'héritier « pro herede se gerere » ; parce que, en admettant même qu'elles se mettent en possession des biens de l'hérédité, et qu'elles fassent sur ces biens un acte quelconque de disposition, il leur manquera toujours l'animus nécessaire pour acquérir la qualité d'héritier : car le consentement unanime des membres, n'est pas l'animus de l'universitas.

L'empereur Trajan concéda aux villes d'Italie le privilège d'affranchir leurs esclaves par une loi Vectibulici ; Marc Aurèle l'étendit aux collegia (L. 12, D. de manumiss. qua serv. L. XL, t. III. — C. 3, C. de serv. reip manumitt, L. VII, t. IX). Nous avons vu que les Societates étaient investies de la même prérogative (1). Il fut décidé successivement que les cités d'abord puis tous les collèges pourraient être valablement institués par leurs affranchis. Cette faveur leur fut sans doute accordée comme une conséquence des droits de patronat en vertu desquels elles succédaient ab intestat à ces mêmes personnes (Ulp. Reg. t. XII, § 5. — L. 1, pr. D, L. XXXVII, t. III, de libertis univ. — L. 3, § 6, D. de suis et legit. hered. L. XXXVIII, t. XVI. — LL. 1, 2, D. de manumiss. quœ serv, L. XL, t. III). L'incapacité d'être instituées subsista, paraît-il, même dans le dernier état du droit pour les Sociétés vectigaliennes et minières.

(1) Varron. De ling. lat. VIII, 83.

Les collèges pouvaient obtenir par faveur spéciale, la factio testamenti passive sous Dioclétien et Maximien (C. 8, C. de hered. instituendis, L. VI, t. XXIV) ; elle fut accordée d'une manière générale aux cités par l'empereur Léon (C. 12, C. L. VI, t. XXIV). Les textes ne parlent pas des Societates.

Le droit prétorien moins rigoureux que le droit civil admit tous les corpora sans distinction au bénéfice de la Bonorum possessio : le texte mentionne spécialement les Societates : « A municipibus et societatibus et decuriis et corporibus, bonorum possessio agnosci potest. » (L. 3, § 4, D. de Bonorum poss : L. XXXVII, t. I). L'actor ou le syndicus avait qualité pour la solliciter et même si personne ne la demandait au nom d'un municipe, le municipe pouvait l'obtenir en vertu de l'édit du préteur. Cependant Ulpien nous dit que la question avait fait doute (L. un, § 1, D. de libertis universitatium, L. XXXVIII, t. III.) « Movet enim me, nous dit-il, quod consentire non possunt. » Les universitates sont incapables d'exprimer une volonté ; voilà ce qui fait hésiter le jurisconsulte. Mais deux raisons le déterminent à adopter l'affirmative : 1° La bonorum possessio peut être demandée par un représentant ; 2° il serait peu logique de refuser la bonorum possessio aux universitates alors qu'elles sont aptes soit à recueillir la succession légitime de leurs affranchis, soit à acquérir une hérédité par fidéicommis. M. de

Savigny prétend que l'introduction de la Bonorum possessio n'a pas, dans la pratique, relevé les personnes juridiques de leur incapacité quant à l'institution d'héritier. Les textes qui reconnaissent aux personnes morales la bonorum possessio se rapportent à la succession ab intestat ou testamentaire d'un de leurs affranchis (1).

Dès l'époque classique, même avant que l'empereur Léon eût étendu la factio testamenti aux cités, Nerva et Adrien leur avaient permis de recueillir le legs qui leur aurait été fait (Ulp. Reg., t. XVIV, § 28). Un sénatus-consulte rendu sous Marc Aurèle reconnut la validité des legs faits aux collegia (L. 20, D. de reb. dub., L. XXXIV, t. V).

Les universitates étant personnes morales pouvaient être propriétaires d'immeubles et ces immeubles pouvaient ou bien être grevés de servitudes au profit des fonds voisins, ou bien être nantis de servitudes actives sur les fonds voisins.

L'usufruit qui appartient à une universitas quelconque, societas ou autre corpus, et qui, à l'origine, ne peut être constitué que par deductio dans une mancipation, dure cent ans « quia is finis vitæ longœvi hominis est », nous dit Gaius (L. 56 D. de usufr. L. VII, t. I. — L. 8 D. de usu et usufructu L. XXXIII, t. II). Cependant Ulpien paraît le fixer à trente ans (L. 68, pr. in f. D.

(1) De Savigny. Traité de droit romain, t. II, § XCIII, p. 297.

ad leg Falcid : L. XXXV, t. II). C'est donc en la personne même de l'universitas que repose le droit d'usufruit. Il ne pourrait être acquis non plus à l'universitas au moyen de l'in jure cessio.

L'usus consistant dans l'usage propre et personnel du titulaire n'est pas applicable aux personnes morales.

Quand l'aliénation d'objets dépendant du fonds social est demandée la question soumise aux membres de la Société est décidée à la majorité, l'unanimité n'était pas nécessaire : « Refertur ad universos quod publice fit per majorem partem » (L. 160, § 1, D. de reg. jur. L. L, t. XVII). Il en était de même des questions d'affranchissement. L'esclave affranchi était considéré comme l'affranchi du corpus qui acquérait sur lui les jura patronatûs parmi lesquels le droit à la succession (L. 2, D. de manumiss. quæ serv. L. XL, t. III. — L. 1, pr. D. de lib. univ. L. XXXVIII. t. III) et non comme l'affranchi des membres de l'association : il ne leur doit ni les operæ officiales, ni les operæ fabriles; c'est au corpus qu'il doit rendre tous les devoirs dont il est tenu. La L. 6, § 1, D. de div. rer. L. I, t. VIII met bien cette idée en lumière par la décision qu'elle contient. L'affranchi d'une cité n'a pas besoin de se faire autoriser par le préteur pour attraire un citoyen en justice c'est-à-dire un des membres du corpus qui l'a affranchi. Si les membres du corpus n'ont pas les jura patronatûs, c'est qu'ils n'étaient pas les

maîtres de l'affranchi pendant son esclavage. C'est une conséquence du principe de la distinction absolue de la personne morale considérée comme unité sociale, de la personne des membres qui la composent. Notons en passant une autre conséquence de ce principe : il était de règle que l'esclave ne pouvait déposer contre son maître accusé en matière criminelle. Si un membre d'un corpus comparaissait en justice, rien n'empêchait l'esclave de la corporation d'être entendu dans la cause (L. 1, § 7, D. de quæst. L. XLVIII, t. XVIII).

En ce qui concerne les obligations la L. 7, § 1, D. Quod cujusc. univ. L. III, t. IV, pose cette règle que les dettes de l'universitas ne se confondent nullement avec les dettes de ceux qui en font partie. De même les membres de l'association personne morale ne peuvent poursuivre les débiteurs de celle-ci ni recevoir d'eux un paiement volontaire ; réciproquement leur patrimoine est à l'abri de toute atteinte de la part des créanciers de l'universitas.

L'universitas pouvait au même titre que toute personne acquérir des créances par l'intermédiaire de ses esclaves. « Si servus reipublicæ municipii vel colodniœ stipulatur, puto valere stipulationem. » (L. 3, D. de stip serv. L. XLV, t. III). Quand c'est l'administrateur qui stipule, l'universitas n'a que des actions utiles (L. 5, §§ 7 et 9, D. de pec. const L. XIII, t. V). En principe l'universitas devait autant que

possible faire intervenir dans ces actes un de ses esclaves ; mais si c'était l'administrateur qui avait stipulé, cela n'empêchait pas l'universitas d'avoir une action utile pour faire valoir les droits qu'elle avait acquis par cette stipulation (L. 10 D. Quod cujuse univ. L. III, t. IV).

L'universitas s'oblige valablement par l'intermédiaire de ses esclaves et elle peut être poursuivie pour les actes accomplis par eux à divers titres : quod jussu, de peculio, de in rem verso, et aussi par les actions institoria et exercitoria. Mais les actions institoria, exercitoria, quod jussu ne pouvaient être données contre elle que utilement : l'action directe était donnée contre l'administrateur de la personne morale ; celle-ci en effet n'ayant pas de volonté ne pouvait préposer l'esclave à un commerce soit maritime soit terrestre pas plus qu'elle ne pouvait donner un jussus. C'était l'administrateur qui était responsable directement des obligations contractées par l'exercitor ou l'institor de son choix comme des obligations contractées sur l'ordre qu'il avait donné (LL. 2 et 4 D. quod jussu L. XV, t. IV.)

Les personnes morales peuvent se trouver engagées par l'effet de contrats consensuels consentis par leurs administrateurs (L. 3 § 2 D. de adm. rer. ad civ. pertin. L. L, t. VIII) ; la stipulation d'un administrateur produisait probablement le même effet et engendrait une action utile contre l'universitas. L'administrateur sorti de charge

était complètement libéré, l'universitas était seule tenue et pouvait seule être poursuivie.

Quant aux contrats réels qui exigeaient la remise d'une chose, on devait rechercher s'il y avait eu in rem versum. La L. 27 D. de reb. cred. L. XII, t. I, s'est expliquée relativement au mutuum : « Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem ejus pecuniæ versæ sunt : alioquin ipsi soli qui contraxerunt, non civitas tenebuntur. » La cité n'est engagée par son administrateur que si les deniers empruntés ont tourné à son profit : sinon l'administrateur sera seul tenu ex mutuo (1). C'est ce que semble confirmer la L. 11 pr. D. de pign. et hypoth., L. XX, t. I.

Les universitates peuvent-elles s'obliger par leurs délits? — Non, elles sont incapables d'avoir une volonté ; elles ne peuvent être *capaces doli* parce qu'elles n'ont ni l'intelligence ni la liberté. Cependant, si elles ont retiré quelque avantage des faits dolosifs commis par leur représentant, elles sont tenues de in rem verso « si quid ad eos pervenit. » L'action est donnée contre les auteurs même du dol (L. 15 § 1 D. de dolo malo, L. IV, t. III).

Les universitates pouvaient ester en justice, soit en demandant, soit en défendant : mais il n'en fut point toujours ainsi. Sous le système des actions de la loi, la représentation en justice

(1) La L. 27 suppose peut-être qu'une personne autre qu'un administrateur a contracté, elle vise peut-être un simple cas de gestion d'affaires.— On n'aurait pas confiance en l'administrateur si la société ne devait pas être obligée.

n'était pas possible, sauf dans quelques cas limitativement déterminés (pro populo, pro tutelâ, pro libertate). Mais, à l'époque des legis actiones, il est peu probable qu'il existait des corpora, c'est-à-dire des êtres purement juridiques doués de personnalité.

Sous le système formulaire apparaît le cognitor, mais pour constituer ce mandataire la présence des parties était absolument nécessaire. Ce progrès dans les règles de la procédure ne pouvait être utile aux personnes morales. Au contraire les universitates pouvaient se faire représenter par un procurator, parce que la constitution de ce mandataire n'exigeait aucune forme solennelle. Il fut bientôt admis après cette grave modification apportée aux règles anciennes, que les cités puis ensuite les autres corpora, pourraient ester en justice par l'intermédiaire d'un actor ou syndicus ou defensor « per quem tanquam in republicâ, quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat. » (L. 1, § 1, D. Quod cujusc. univ. L. III, t. IV. — L. 18, § 13, D. de muner. et honor. L. L, t. IV. — L. 1, § 2, D. de muner. et honor. L. L, t. IV.)

Quel était le caractère de cette charge? Était-ce un simple mandat? Une gestion d'affaires? — L'office de l'actor était un munus publicum, analogue à celui du tuteur (L. 18 § 13 D. de muner. et honor. L. L, t. IV) : il s'agissait en effet d'intérêts généraux qu'il importe à la

Société de protéger. L'assemblée des membres de l'association n'étant pas l'association personne morale, n'avait pas qualité pour donner à qui que ce fût un mandat quelconque.

L'actor était désigné par tous les intéressés ou au moins les deux tiers d'entre eux. Il représentait la personne juridique comme être moral, et ne tenait pas la place de ses membres (L. 2, D. L. III, t. IV). L'actor est assimilé au procurator « procuratoris partibus fungitur » (L. 6, § 3, quod cujusc. univ. L. III, t. IV), et c'est pour ce motif qu'il devient irrévocable par la litis contestatio comme le procurator (LL. 16, 17 D. de procurat. et defensor. L. III, t. III). Quand l'actor est demandeur pour l'universitas, il n'est pas tenu de fournir la cautio de rato parce qu'il agit comme s'il était dominus, pourvu toutefois que la validité du décret qui l'a nommé ne soit pas mise en doute (L. 6, § 3, D. Quod cujusc. univ. L. III, t. IV). L'actio judicati appartient à l'universitas et non à l'actor.

L'universitas peut être défenderesse ; dans le cas où un actor n'a pas été désigné ou bien dans le cas où l'actor ne remplit pas ses fonctions, tout extraneus peut avec l'autorisation du magistrat défendre au procès « quia eo modo melior conditio universitatis fit » (L. 1, § 3, D. Quod cujusc. univ. L. III, t. IV.). L'universitas est libérée par la litis contestatio qui s'opère entre le demandeur et l'extraneus. (L. 11, § 7, D. de excep. rei judic. L. XLIV, t. II. — L.

23, D. de novat. et delegat. L. XLVI, t. III).

L'actor défendeur était obligé de fournir la cautio judicatum solvi « Nemo defensor idoneus sine satisdatione. » Le demandeur était envoyé en possession des biens de l'universitas quand personne ne se présentait pour la défendre, si, après un avertissement, aucune diligence n'était faite par qui que ce fût, le préteur permettait la vente.

Nous venons d'examiner la capacité générale des sociétés qui avaient la personnalité morale. Il nous reste à voir comment elles étaient administrées, tant au point de vue de leurs rapports avec l'Etat (1) qu'au point de vue de leurs rapports avec les particuliers.

L'Etat était un tiers par rapport aux Socie-

(1) L'Etat, par l'entremise des *censeurs*, après la rédaction et la publication d'un cahier des charges *(tabulæ censoriæ)* contenant les conditions de l'adjudication *(leges censoriæ)*, affermait pour trois, cinq, ou même cent ans les *vectigalia* C. 4. C. de vect. et comm. L. IV, t. LXI, par exemple les *decumæ*, les *scripturæ*, les *pascua* ou *scripturæ pecorum* et les *portoria*, d'où les noms de *publicani decumarii*, *publicani scriptuarii vel pascuarii* et de *publicani portitores*. Il affermait de même l'impôt sur les mines et les salines des particuliers, l'impôt de cinq pour cent sur les hérédités testamentaires. L'Etat affermait aussi ses autres revenus : les mines d'or et d'argent (*metalla-publicani metallorum*) ou les salines de l'Etat, le droit de pêche dans les rivières et les lacs publics. Le contrat qui intervenait entre le preneur et l'Etat était une *locatio conductio operis* : le fermier acquérait le droit de faire le recouvrement de l'impôt et d'en garder pour lui le produit, en s'engageant à payer à l'Etat une certaine somme. Ces *locationes* étaient de véritables entreprises exigeant de grandes ressources pécuniaires, d'où la formation de *Societates*, appelées societates vectigalium (L.L. 5, 59, 63, § 8, D. L. XVII, t. II.) ou societates provinciarum (Cœsar B. C. 3. 3.) les associés prenaient le nom de Socii publicorum vectigalium (L. 1, D. L. III, t. IV). (Marquard et Mommsen, Manuel des Antiquités romaines. Les Finances. P. 379 et suiv. Ruben de Couder. Dictionnaire de Droit Commercial V° Société. Pandectes Françaises. Rép. V° Administrateur des Soc. Anon.).

tates lorsqu'il affermait les impôts par adjudication : l'adjudicatio était un acte passé par la Société avec l'Etat, un contrat où les deux parties étaient des personnes morales. Mais c'était une personne distincte de la Société qui intervenait pour l'adjudicatio, à tel point que la Société paraît presque en dehors de l'adjudicatio, elle semble n'être en quelque sorte qu'une caution.

Le représentant de la Société qui figurait dans l'adjudicatio, prenait le nom de *manceps* « Manceps dicitur qui quid a populo emit conductive, quia manu sublatâ significat se auctorem emptionis esse » (1). Il était « la personnification légale de la Société » (2). « Mancipes sunt publicanorum principes. » Il était chargé de porter les enchères et par suite, *il était considéré comme le fermier du fisc* et comme *responsable* vis à vis de lui de l'exécution du contrat; il la garantissait du reste « prœdibus et prœdiis ». Le manceps n'était cependant pas le gérant de la Société. Quelquefois l'administration était divisée entre les associés qui avaient chacun leur département : « Socii vectigalium, si separatim partes administrent... » (L. 9, § 4, D. de publicanis et vectigalibus L. XXXIX, t. IV). La Société avait à Rome un représentant ordinairement nommé pour un an, *le magister societatis* chargé de la

(1) Festus. De verb. sign. V° manceps.

(2) Flach. La table de bronze d'Aljustrel. Nouvelle revue historique du droit, 1878. P. 648.— On remarquera que ce n'était pas l'*actor* qui se portait adjudicataire.

direction des affaires sociales, notamment de la comptabilité et de la correspondance ; « il avait la garde des registres, et convoquait les associés pour délibérer sur les affaires importantes » (1). Il avait sous ses ordres des *promagistri*, résidant dans les provinces et secondés par de nombreux employés. Ordinairement, les divers fonctionnaires que nous venons de nommer étaient pris parmi les associés.

Le magister societatis et les promagistri avaient des pouvoirs suffisants pour engager la Société par les contrats qu'ils passaient avec les tiers. Les pouvoirs du magister paraissent avoir été ceux d'un mandataire général (L. 14 D. de pactis, L. II, t. XIV) (2).

Nous avons vu que la Société avait un patrimoine dans lequel entraient les apports des différents associés et nous savons que ces apports étaient faits à la Société personne morale ; le magister représentant de celle-ci, qui avait qualité pour traiter au nom de la Société, avait à sa disposition l'action pro socio pour requérir le versement des apports ; par réciprocité, il pouvait être poursuivi au moyen de l'action pro socio par ses coassociés, s'il refusait de distribuer entre eux les bénéfices réalisés par la Société.

Le patrimoine n'était pas seulement formé des apports : le produit de toute stipulation

(1) Pandectes Françaises. R. V° Administrateur des Soc. anon.
(2) Cicéron. Ad Atticum. Epist, 10.

passée par le magister pendant la durée de la Société en faisait également partie (L. 5, § 7, 9, D. de pec. const. L. XIII, t. V); de même encore le produit de la vente des partes non distribuées entre les associés, lors de la constitution de la Société.

Si le patrimoine de la personne morale peut être créancier, réciproquement, il peut devenir débiteur par l'intermédiaire de ceux qui en ont la gestion, pourvu qu'ils agissent dans la limite de leurs pouvoirs. Les contrats passés par eux obligent donc l'être fictif, et engendrent contre lui une action utile, sans qu'aucun des associés soit tenu sur ses biens personnels (Arg. L. 3, § 2, D. de adm. rer. ad civ. pertin. L. L, t. VIII. — L. 35, § 1, D. de oblig. et act. L. XLIV, t. VIII).

En principe, les gérants, comme tout mandataire, s'obligent eux-mêmes personnellement, d'après les principes généraux.

Telle est la situation des Sociétés dont nous nous occupons au point de vue des créances et des dettes : mais il est un tiers qui se trouve vis-à-vis d'elles dans des conditions toutes spéciales, c'est l'Etat romain.

Le manceps qui prend en adjudication les vectigalia ou les mines, en même temps qu'il oblige la Société s'oblige aussi personnellement ; l'Etat a donc deux débiteurs au lieu d'un : il a de plus pour garantir sa créance une hypothèque légale sur tous les biens de la Société (L. 5,

§ 10, D. de jure immun. L. L, t. VI. — C. 3, C. de privilegio fisci L. VII, t. LXIII). Quant au paiement périodique du prix de la locatio, il incombe au magister : faute de paiement au terme convenu, il pouvait y avoir lieu à résiliation du contrat ou bien l'État était en droit d'exiger les intérêts de la somme due, du jour de la demeure (L. 10, § 1, D. de public et vect. et commiss. L. XXXIX, t. IV). Mais le Sénat qui avait le pouvoir d'autoriser ou de dissoudre ces Sociétés avait aussi le pouvoir de leur faire remise d'une partie ou de la totalité du prix (1).

Les Societates vectigalium, aurifodinarum, etc., se manifestent donc sous un double jour : elles sont à la fois Societates privatæ entre les associés (par exemple pour l'exercice de l'action pro socio) et personnes morales vis-à-vis des tiers, c'est-à-dire dans les rapports que les tiers pouvaient avoir avec elles par l'intermédiaire des agents qui les représentaient. En les considérant comme Societates privatæ, ce sont les règles générales de la Société ordinaire qui leur sont applicables ; en les considérant sous le second aspect, on se trouve en présence de règles spéciales qui, presque toutes, découlent de ce principe établi plus haut et qu'on nous permettra de rappeler encore :

La Société personne morale doit être considérée dans ses relations avec les tiers comme

(1) Malapert. Histoire du contrat de société avant l'invasion des Barbares. Rev. Crit., 1863. T. 23, p. 248.

un être de raison, création artificielle du législateur, distinct de la personne des associés qui la composent, comme un être ayant une existence séparée, capable de droits et d'obligations. Ceci dit, il est plus facile de faire ressortir les différences qui existent entre les Sociétés personnes morales, et les Sociétés ordinaires, au point de vue qui nous occupe.

1° Dans la Société ordinaire, chaque associé devient copropriétaire indivis des apports effectués par chacun de ses coassociés ; dans la Société qui a un caractère public, l'apport est fait à la personne morale qui en devient propriétaire exclusif ; ce sont ces apports qui constituent principalement le patrimoine de la Société, patrimoine distinct de celui de ses membres, et qui, dans la suite, pourra devenir propriétaire, créancier, débiteur, sans que le patrimoine propre des associés en ressente effectivement comme tel aucun accroissement, ni en souffre aucun préjudice (L. 65, § 15, D. pro soc. L. XVII, t. II.— L. 1, pr. D. de div. rer. L. 1, t. VIII,—L. 7, § 1, D. Quod cujusc. univ. L. III, t. IV. — L. 1, § 1, D. eod. tit.).

Rien ne s'oppose, dès lors, à ce que l'esclave d'une Societas vectigalis soit témoin dans une instance criminelle dirigée contre l'un des associés ; l'affranchi de cette Société pourrait aussi agir en justice contre l'un des associés, sans demander l'autorisation du préteur.

2° Entre les associés, les bénéfices et les pertes se répartissent comme dans la société ordinaire,

d'après les clauses du contrat de Société. Mais la Société ayant vis-à-vis des tiers une existence particulière, son patrimoine est aussi spécialement affecté au gage de ses créanciers qui ne subiront pas le concours des créanciers personnels des associés. Si la Société est devenue débitrice en vertu d'un contrat passé par un de ses esclaves elle sera poursuivie par les actions quod jussu, exercitoria, de peculio : si c'est en vertu d'un contrat passé par un mandataire, les tiers auront contre elle une action utile. C'est la personne morale qui est débitrice et les associés qui nè sont pas personnellement obligés ne sont en rien responsables sur leurs biens propres ; contre eux l'action des tiers est sans force, « *telum imbelle sine ictu* ». La conséquence immédiate de ce principe est que les associés ne sont engagés vis-à-vis des tiers que jusqu'à concurrence de leur apport. Il en est ainsi même à l'égard de l'Etat qui est presque toujours le principal créancier des Sociétés personnes morales, sauf la responsabilité personnelle du manceps et des prœdes qui garantissaient sur tous leurs biens l'exécution des engagements pris. C'est ce qui a permis de dire que les Societates publicanorum étaient plutôt des Sociétés de capitaux que des Sociétés de personnes et de les comparer à nos Sociétés en commandite (1).

Mais faut-il aller jusqu'à dire que les partes

(1) Molitor. Obligations. T. II. N° 673.

constituaient de véritables actions ? (1) « Il paraît, » dit M. Van Wetter, que le capital social était » divisé en un certain nombre d'actions, c'est-à- » dire de tantièmes égaux du capital : les publi- » cains n'étaient obligés envers l'Etat romain » que pour le montant de leurs actions ; seul, » le manceps et ses prœdes étaient débiteurs » personnels de l'Etat sur l'ensemble de leurs » biens. Les Sociétés de publicains formaient » donc, pour employer une expression moderne, » des Sociétés en commandite par actions, où » le manceps et les prœdes étaient les associés » commandités et les autres membres de simples » associés commanditaires. » Il y a bien quelque analogie entre la « pars » du droit romain et l'action du droit français, mais M. Van Wetter nous semble forcer un peu l'assimilation. L'auteur reconnaît lui-même que, dans le cas où des associés après avoir réparti entre eux un certain nombre de partes laissaient le reste sans titulaire déterminé, si les partes ainsi réservées étaient plus tard attribuées à tel ou tel moyennant un prix fixé entre la Société et le tiers (2), « il n'intervenait qu'une vente ordinaire entre la Société et le tiers acheteur qui devenait débiteur » du prix de vente » et que le tiers était simplement « créancier pour le produit de l'action (?) qu'il

(1) *Manuel des antiquités romaines de Marquardt et Mommsen. — Les Finances,* p. 38). — *Van Wetter, des Obligations en droit romain,* t. III, p. 153. — Paul Allard. Les Publicains et l'agriculture dans l'ancienne Rome. — Réforme sociale. 1er mars 1889, p. 266-267.

(2) Par exemple : pour se procurer du numéraire.

avait achetée (1) ». Il était inscrit en cette qualité sur les registres de la Société. Même raisonnement dans le cas où un des membres fondateurs de la Société cédait à un tiers une ou plusieurs des partes qui lui avaient été attribuées lors de la constitution de la Société. L'acheteur n'entrait pas dans la Société et la Société continuait entre le vendeur et les autres associés : il payait au cédant le prix convenu et il avait droit contre lui au produit de l'action. « Il ne s'établissait de » relations juridiques entre lui et la Société, que » si celle-ci consentait à inscrire l'action vendue » sur le registre social au nom de l'acheteur ; » moyennant cette inscription, la Société était » obligée de lui payer le produit de l'action, mais » le vendeur restait associé à l'exclusion de l'ache- » teur (2) ». Ce dernier n'était donc que créancier, c'était là son seul titre ; malgré cette reconnaissance il n'était pas associé, il n'en avait ni les droits ni les obligations. Toutes les responsabilités continuaient à peser sur l'associé primitif avec qui il avait traité. Peut-on parler dès lors de *Sociétés par actions ?* et le mot « *pars* » souvent employé dans les textes ne désigne-t-il pas la part d'un associé dans une Société quelconque, en d'autres termes l'intérêt que peut avoir une personne dans une Société à quelque genre qu'elle appartienne ?

Un associé n'était-il pas libre de vendre sa

(1) Van Wetter. loc. cit.
(2) Van Wetter.

part dans une Societas privata exactement dans les mêmes conditions que nous venons d'indiquer? Quel serait d'ailleurs le caractère distinctf de l'action? Serait-ce l'égalité qui devrait être observée dans la division des partes? Serait-ce la cessibilité? Il serait bien difficile de le dire.

D'après M. Van Wetter, la pars qui a été remise à un tiers moyennant un prix en argent après la constitution de la Société, ou la pars qui a été cédée par un associé à un tiers dans le cours de la Société, ne représente pour ce tiers qu'un simple droit de créance. Or, en droit français l'action n'est ni un simple droit de créance, ni un simple droit de propriété : l'associé à la dissolution de la Société devient en effet copropriétaire du fonds social. Il en était de même dans les Societates vectigalium personnes morales où les associés simples créanciers pendant la durée de la Société devenaient aussi propriétaires d'une part de l'actif social au moment de l'extinction de l'être fictif. Les cessionnaires de partes avaient-ils le même droit? Non, ils étaient simplement créanciers, et créanciers du produit de la pars, à quelque époque que ce fût. En admettant même que dans la première hypothèse, celle d'une vente par la Société elle-même d'actions réservées, les cessionnaires eussent pu acquérir un droit de propriété au moment de la dissolution, cela n'arrivait certainement pas dans la seconde où le vendeur, celui qui avait cédé la pars, restait

associé. Le cessionnaire créancier ne pouvait avoir qu'un droit, celui de se faire remettre par son vendeur la part que celui-ci avait recueillie à titre de propriétaire au moment de la dissolution. La pars du droit romain n'est donc pas l'action du droit français. La Societas vectigalium nous paraît ressembler plus à la Société en commandite simple qu'à la Société en commandite par actions.

La Société personne morale pouvait devenir créancière par l'entremise d'un de ses esclaves ou d'un mandataire, elle avait alors à sa disposition une action utile (L. 5, § 9, D. de pec. const. L. XIII, t. V.)

Les associés dans la Société ordinaire avaient chacun une part dans la créance ou devaient payer chacun une part de la dette; en règle générale la division des créances et des obligations s'opérait entre eux, même dans leurs rapports avec les tiers.

3° Les sociétés qui ont la personnalité morale ne se dissolvent pas par la renonciation ou le décès d'un de leurs membres (L. 63, § 8, D. pro. soc. L. XVII, t. II). Le jus fraternitatis ayant dans ces Sociétés une importance moindre que dans les Sociétés ordinaires, le choix des personnes y jouant un rôle moins essentiel, les publicains voulant réaliser l'association des capitaux avant celle des personnes, on comprend que ces deux événements perdent une grande partie de leur influence et que la Société subsiste

si les associés survivants ou non renonçants y consentent. On suppose toutefois dans le cas de décès que l'existence de la Société n'était pas subordonnée à l'existence de l'associé qui meurt, la personnalité de l'associé ayant été considérée comme une condition sine quâ non de la formation du contrat, que la Société n'avait pas été constituée intuitu personœ, eu égard aux qualités éminentes de l'associé qui disparaît : « Quid enim si is mortuus sit propter cujus operam maxime Societas coita sit, aut sine quo Societas administrari non possit ? » (L. 59, pr. D. pro. soc. L. XVII, t. II.) Toutefois la dissolution de la Société dans ce dernier cas ne la dégageait pas des obligations qu'elle avait contractées à l'égard des tiers, ni de l'État qui pouvait exiger jusqu'à la fin du bail le paiement de la *pensio*.

En ce qui concerne les effets de la Société continuée à l'égard de l'héritier de l'associé prédécédé, l'héritier du défunt n'est pas de plein droit considéré comme associé : il n'a cette qualité que s'il est admis comme tel par les associés survivants même lorsqu'il a été *adscriptus* dans l'acte de Société. Même dans le cas où il n'acquiert pas ce titre, il partîcipe cependant aux profits et aux pertes soit antérieurs soit postérieurs au décès de celui auquel il succède, mais sans avoir le droit de s'immiscer en quoi que ce soit dans l'administration. La raison d'être de cette règle, est qu'on ne

peut accepter éventuellement pour administrateur une personne qui n'est pas déterminée d'une façon certaine au moment de la formation du contrat de Société.

Quelle est donc la différence au point de vue des droits de l'héritier entre la Societas vectigalium et la Societas voluntaria? Dans l'une comme dans l'autre, l'héritier de l'associé ne devient pas lui-même associé par le fait de la disparition de son auteur; mais tandis que dans l'une il remplace pour l'avenir comme pour le passé l'associé décédé, quant aux avantages ou aux charges de la Société, dans l'autre il n'a de rapports avec les associés que pour le passé, relativement aux effets déjà produits dans la personne de son auteur. Les rapports qui peuvent exister après la dissolution de la Société ordinaire entre les associés et l'héritier d'un associé, tiennent à l'état d'indivision qui subsiste entre eux jusqu'au partage et ils se régleront par l'action communi dividundo en cas de difficulté. (L.L. 35, 36, 40, 65, § 2, 9, 13. D. L. XVII, t. II).

4° A l'origine, les Societates vectigalium, etc., ne pouvaient acquérir la possession que par l'intermédiaire de leurs esclaves, peculiari nomine, parce qu'elles ne pouvaient avoir l'animus possidendi : plus tard, on admit qu'elles pourraient posséder et usucaper par l'intermédiaire d'une personne libre (L. 2, D. de acq. vel amitt. poss. L. XLI, t. II). Les associés ordinaires pouvaient

avoir l'animus possidendi, par conséquent, ils pouvaient acquérir la possession.

5° La Société personne morale ne pouvait acquérir l'usufruit ni les servitudes prédiales par l'in jure cessio, qui ne s'exerçait pas par l'intermédiaire d'un mandataire ou d'un esclave. L'in jure cessio était, au contraire, accessible aux associés ordinaires.

Les immeubles appartenant à une Societas vectigalium pouvaient être grevés de servitudes au profit d'un fonds appartenant à l'un des membres de cette Société. L'immeuble indivis appartenant à plusieurs associés ne pouvait être grevé d'une servitude au profit de l'immeuble de l'un d'eux, à cause de la règle : « Nemini res sua servit. »

6° Les Societates vectigalium, aurifodinarum, etc., pouvaient obtenir la bonorum possessio en tant qu'universitates : les associés ne l'obtenaient qu'individuellement en cas de Société ordinaire. Même distinction en ce qui concerne les libéralités qui pouvaient être faites à une de ces Sociétés ou aux associés ordinaires.

7° Les Sociétés personnes morales ne pouvaient être instituées ni recevoir des hérédités fidéi-commissaires. — Les associés d'une Société ordinaire pouvaient être institués héritiers, légataires, héritiers fidéi-commissaires. L'hérédité, le legs, le fidéi-commis pouvaient même être faits sous la condition qu'ils tomberaient dans la masse commune ; c'est même ce qui arrivait sans con-

dition si la Société qui existait entre eux était une Societas totorum bonorum.

8° L'esclave appartenant à une personne morale pouvait témoigner en justice contre l'un des membres de l'universitas. L'esclave social ne pouvait être mis à la torture pour déposer contre l'un des associés bien que les associés n'eussent sur lui qu'un droit de propriété indivis (CC. 1 et 14, C. de quœst. L. IX, t. XLI. — L. 3, de quœst. D. L. XLVIII, t. XVIII.)

9° La Société personne morale peut avoir des créances. Le débiteur de la Société ne pourrait lui opposer en compensation pour aucune part une créance qu'il aurait contre un des membres de la Société, contre plusieurs, voire même contre tous. A l'inverse il peut arriver qu'une Société personne morale devienne la débitrice d'un tiers et que l'un des associés ou tous les associés aient une créance particulière sur le créancier de la Société. La Société devra payer sa dette au tiers et celui-ci devra se libérer effectivement envers l'associé ou les associés qui sont ses créanciers. La compensation pourrait être opposée, s'il s'agissait d'une Société ordinaire.

10° Il faut le consentement unanime des associés pour prendre une décision concernant les intérêts de la Société, par exemple pour permettre l'aliénation d'un bien dépendant du fonds social : « In re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum

est prohibendi jus esse : in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. » (L. 28, D. comm. div. L. X, t. III).

Quand pareil fait se présente dans une Société personne morale, la majorité suffit.

11° La dissolution de la Société de publicains rend les biens qui composaient le patrimoine de la Société indivis entre les divers associés; la personne morale ayant cessé d'exister, ses biens doivent se partager entre tous les ayants-droit. Nous croyons cependant que même dans ce cas, les créanciers de la Société ne pouvaient poursuivre personnellement les associés et n'avaient d'action que sur les biens de la personne morale qui venait de s'éteindre. On ne s'explique pas bien qu'on ait soutenu le contraire, puisqu'ils n'ont jamais été à aucune époque créanciers des associés; en vertu de quel principe le deviendraient-ils subitement ? (L. 7, § 1, D. Quod cujusc. univ. L. III, t. IV.)

CHAPITRE QUATRIÈME

Rapports des Sociétés qui n'ont pas la personnalité morale avec les tiers.

Nous savons que, en général, les Sociétés n'avaient pas la personnalité morale c'est-à-dire ne constituaient pas des unités juridiques distinctes de la personne des associés. Par conséquent le contrat de Société ne produisait d'effets qu'entre les parties, et les Sociétés ne pouvaient avoir un patrimoine séparé, ne se confondant pas avec le patrimoine des associés ; les Sociétés n'avaient ni créances ni dettes, les associés seuls pouvaient être créanciers ou débiteurs. Les tiers n'avaient aucun compte à tenir du contrat intervenu entre les associés, il était pour eux « res inter alios acta » ; s'ils avaient traité avec l'un des associés, ils ne connaissaient que lui, ils ne pouvaient agir que contre lui et pas contre ses coassociés. Ils avaient vis-à-vis d'eux non pas un être collectif et unique, mais des individus, et seulement des individus. Si l'on dit souvent que la Société est créancière ou débitrice on veut simplement indiquer qu'il s'agit d'une créance ou d'une dette commune à tous ses membres.

Avant d'examiner les rapports de la Société avec les tiers en prenant ce mot comme exprimant la collection, le faisceau des intérêts collectifs, il était bon de rappeler pourquoi au titre *pro socio* il n'est pas question des tiers et notamment pourquoi les tiers n'avaient pas une action contre tous les associés lorsqu'ils avaient contracté avec l'un d'eux.

On a donné il est vrai comme cause de ce silence le jus fraternitatis qui unit les associés. La Société n'était que la conséquence de l'amitié qui pouvait exister entre quelques personnes : la communauté d'intérêts qui est considérée à juste titre comme le principe de l'association dans les législations modernes n'intervenait qu'au second plan dans les législations anciennes, c'est l'affection pour autrui qui était le point de départ du contrat de Société. Les Sociétés étaient formées pour les personnes plutôt que pour les biens : la conjonction des biens ne faisait que suivre l'union des personnes : « L'amitié était chez les anciens le premier mobile des Sociétés particulières, c'est pour cela qu'Ulpien y voyait quelque chose de la fraternité (L. 63, pr. D. pro. soc. L. XVII, t. II.) ». ....« Les anciens avaient dans la Société recherché une communauté de sentiments, capable d'unir les personnes : le mélange des biens n'était qu'une conséquence. » (1) Qu'avait-on

(1) Malapert. — Histoire du contrat de Société avant l'invasion des barbares. Revue de législation 1863, t. 23, p. 250 et suiv.

besoin de se préoccuper des tiers dans pareil genre d'association.

On a prétendu aussi que si l'intention des parties d'obtenir un bénéfice qu'elles n'auraient pu réaliser seules et isolées est un des caractères distinctifs du contrat de société, les législateurs, et en particulier le Digeste, ne l'ont pas toujours mis en relief. La puissance de production des capitaux réunis était inconnue, les combinaisons que nous citent les anciens jurisconsultes sont empruntées pour la plupart à l'industrie agricole et non au commerce ; ce qui semblerait bien démontrer que les anciens avaient une idée très imparfaite du contrat de société. Les rapports de la Société avec les tiers n'avaient que rarement l'occasion de se manifester : il n'y avait pas lieu, pour le législateur, de s'en préoccuper.

C'est se méprendre singulièrement sur l'importance du contrat de société à Rome, que de présenter semblables réflexions. Le contrat de société trouvait son application pour les grands comme les petits intérêts.

Il n'est point absolument nécessaire de se reporter aux Sociétés vectigaliennes qui étaient composées d'equites, c'est-à-dire de citoyens ayant pour la plupart une grande fortune, qui avaient une organisation particulière et dont les privilèges, notamment celui de la personnalité morale, avaient si grandement favorisé l'extension, pour prouver que le crédit, au moyen de l'union des richesses matérielles, n'était pas chose absolu-

ment inconnue à Rome. Sans doute, les Sociétés ordinaires formées par les trafiquants de l'époque n'étaient point nos Sociétés de capitaux modernes, elles n'avaient ni leurs moyens d'action, ni leur puissance ; mais les exemples suivants suffisent à motiver notre dire.

Les Romains s'associaient pour le commerce de denrées (I. J. L. III, t. XXV, de dec.) pour le commerce de banque (L. 52, § 5, D. pro soc. L. XVII, t. II. — L. 27, D. de pactis L. II, t. XIV), pour les transports maritimes (L. 1, § 25, D. L. XIV, t. I. — L. 4, § 1, D. eod. tit.), pour les entreprises de construction et les achats de terrains à bâtir (L. 52, § 7 et 12, D. L. XVII, t. II), pour les fournitures à faire aux armées (L. 52, § 4, D. L. XVII, t. II), pour le commerce des esclaves (G. C. III, § 148) et même pour des intérêts minimes par ex. pour les bénéfices que peut procurer l'exercice d'une profession (L. 71, D. L. XVII, t. II — L. 58, pr. D. L. XVII, t. II). Et dès lors qu'était-ce que ce jus fraternitatis qui présidait aux relations des associés entre eux ? — Au lieu de croire que « cette fraternité des associés avait un sens étendu à la communauté des plaisirs et des douleurs (1), ne vaut-il pas mieux penser que ces mots font allusion « à la confiance et à l'estime réciproques qui doivent exister entre associés » (2) et plus généralement au choix

(1) Malapert. Loc. cit.
(2) Troplong. Contrat de Société. T. I, p. 16.

judicieux des personnes qui doivent composer la Société, choix qui est une des conditions indispensables à la prospérité de celle-ci? Ce n'était donc pas le jus fraternitatis qui empêchait la Société d'avoir effet vis-à-vis des tiers et qui restreignait entre les tiers et l'associé seulement qui avait traité les conséquences d'un contrat qu'ils avaient passé entre eux.

La Société ordinaire n'avait pas la personnalité : il ne peut donc ici être question des rapports des tiers avec la Société être fictif. Mais au moins pourquoi un tiers qui avait contracté avec un associé n'avait-il pour créancier ou débiteur que cet associé seul et pas les autres?

Il faut en chercher la raison dans une règle générale des contrats. « La convention fait la » loi des parties et elle ne peut ni nuire, ni » profiter à autrui ». Par conséquent, le jus quoddam fraternitatis eût-il été complètement inconnu en droit romain, la Société n'aurait pas produit effet vis-à-vis des tiers.

Nous allons aborder l'étude des rapports de la Société avec les tiers. Au lieu de dire de « la Société », nous pourrions dire « des associés », puisque, suivant une observation que nous avons déjà faite, la Société ne produisant pas d'effets à l'égard des tiers, ceux-ci connaissent uniquement les droits et les obligations résultant individuellement pour chacun des associés, des

contrats qu'ils ont passés avec ces mêmes associés.

Nous distinguerons plusieurs hypothèses :

I. Les Associés administrant ensemble ont contracté collectivement et directement avec les tiers.

A. *Au point de vue des dettes de la Société envers les tiers*, chacun des associés ne peut être tenu que pour sa part, soit pendant la durée de la Société, soit après sa dissolution. Chaque associé est tenu d'une obligation distincte, parce qu'il y a autant de dettes que d'associés, et est sujet à l'action du créancier, qui poursuivra partiellement le recouvrement de sa créance (L. 4, pr. D. de exerc. act. L. XIV, t. I — L. 44, § 1, D. de œdil. edict. L. XXI, t. I). Ce n'est là, du reste, que l'application des principes généraux en matière d'obligations conjointes et divisibles. Lorsque plusieurs personnes figurent dans un contrat, soit comme créancières, soit comme débitrices, il se forme autant d'obligations qu'il y a de créanciers ou de débiteurs, bien qu'il n'y ait qu'une seule convention ; chacun des créanciers ne pourra demander que sa part dans la prestation promise, chacun des débiteurs ne pourra être poursuivi que pour sa part. Quelle sera cette part ? En principe, et en cas de silence des parties, les parts seront égales entre elles, les obligations auront la même quotité, et la chose qui en fait l'objet se partagera en fractions

égales (L. 43, D. de re judic. L. XLII, t. I. — L. 15, § 1, D. de op. lib. L. XXXVIII, t. I. — L. 11, § 1 et 2, de duob reis stip. L. XLV, t. II. — L. 37, D. de stip. serv. L. XLV, t. III. — L. 10, § 3, D. de appell. L. XLIX. t. I. — C. 9 C. Si certum petât, L. IV, t. II).

Le droit du créancier serait différent toutefois, s'il y avait indivisibilité de la chose qui fait l'objet de l'obligation, ou s'il s'agissait d'une obligation solidaire.

On peut donc tenir pour certain que les associés qui ont passé un contrat collectivement s'obligent pour leur part et portion. S'obligent-ils pro portione virili ou bien pro portione quâ socii sunt ? La question est discutée.

Un premier système prétend que les associés s'obligent en proportion de la part qu'ils ont dans la Société, c'est-à-dire de la part qu'ils doivent supporter dans les gains et dans les pertes. On ne dit pas en proportion de l'apport de chaque associé à la Société, apport qui a contribué à former le fonds social, parce que l'associé qui n'a fourni que son crédit ou son industrie, qui n'a pas fait d'avance matérielle de fonds et se trouve dans la même situation que ses coassociés au point de vue des gains et des pertes, sera tenu au même titre que les autres en vertu d'un contrat qu'ils auront conclu en commun. (1) Ce système s'appuie sur deux textes.

(1) Von Wangerow Lehrbuch der Pandekten. T. II, p. 478.

1° La loi 4 pr. D. de exerc. act. L. XIV, t. I : « Si tamen plures per se navem exerceant pro portionibus exercitionis conveniuntur : neque emin invicem sui magistri videntur. » « Si plusieurs personnes exploitent par elles-mêmes un navire et qu'elles contractent, elles sont tenues vis-à-vis du tiers contractant pour leur part dans l'exploitation. »

2° La loi 44, § 1, D. de œdil. edic. L. XXI, t. I. Dans ce texte le jurisconsulte Paul suppose que plusieurs personnes se sont associées pour faire le commerce d'esclaves. Elles ont vendu un esclave vicieux et il y a lieu aux actions édilitiennes à raison du vice caché. L'acheteur a le choix entre deux partis : il peut ou bien poursuivre par l'action ex empto chacun des vendeurs proportionnellement à la part qu'il a dans la Société, ou bien sans tenir compte du droit de chacun des associés, poursuivre celui qui a la plus forte part ou qui a une part aussi forte qu'aucun de ses coassociés : « Æquum enim ædilibus visum est vel in unum ex his, cujus major pars, aut nullâ parte minor esset, œdilitias actiones competere : ne cogeretur emptor cum multis litigare : quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione quâ socii fuerint. » Et le privilège que nous venons d'énoncer avait été accordé à l'acheteur en haine des marchands d'esclaves « nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est. » : il était donc tout exceptionnel et tout spécial. Au

contraire la première règle paraît bien avoir le caractère d'une règle générale et sa force probante est bien plus grande encore si on la rapproche de la L. 4. pr. D. de exerc. act. L. XIV, t. I. Les deux lois se confirment l'une l'autre.

On peut donc conclure que les associés qui agissaient collectivement, s'obligeaient de plein droit proportionnellement à leur part sociale « pro portionibus exercitionis » « pro eâ parte quâ socii erant. »

Cette décision nous paraît tellement exorbitante du droit commun que nous hésitons à l'accepter, et nous sommes disposé à lui faire subir un tempérament assez important.

Nous croyons qu'en principe le droit commun doit recevoir son application dans cette hypothèse. Nous avons vu que lorsque plusieurs personnes stipulent ou promettent conjointement l'obligation soit active soit passive se divise entre elles par portions viriles (L. 11, § 1, D. de duob reis. L. XLV, t. II. — L. 37, D. de stip, sev. L. XLV, t. III.) Il en est en matière de Société comme en tout autre matière puisque le contrat de Société n'a pas d'existence pour les tiers. Le créancier avec lequel ils ont contracté n'est pas obligé de savoir qu'ils sont associés, ni quelle part ils ont dans la Société, les rapports particuliers des associés entre eux leur importent peu (1). Mais il est certain que

(1) Pothier. Contrat de Société, § 104. — Vangerow. Lehrbuch der Pandekten, p. 478.

cette règle peut recevoir des dérogations soit expresses soit tacites. Les associés peuvent par exemple convenir formellement avec le tiers que chaque obligation correspondra à la part sociale de chacun d'eux; on pourra même présumer que telle a été l'intention des parties, si les associés ont traité en leur qualité de socii ou s'ils ont indiqué au tiers leurs parts sociales, sans que le tiers se soit opposé à ce que la créance ou la dette se divise autrement que pro portione virili. La question dépend donc soit de la convention soit des circonstances qui ont accompagné le contrat. (Arg. L. 37, D. de stip. serv. L. XLV, t, III).

On objecte la L. 44, § 1, D. de ædil. edicto. L. XXI, t. I, où l'on rencontre cette phrase « quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione quâ socii fuerunt »; mais la suite du texte prouve précisément que dans l'hypothèse, le tiers connaissait les parts sociales ; contre qui le jurisconsulte accorde-t-il les actions edilitiennes ? Contre celui « cujus major pars aut nullâ parte minor est. »

On peut expliquer de même la L. 4, pr. D. de exerc. act. L. XIV, t. I. Elle nous dit que si plusieurs exercitores commandent en personne un navire, ils sont tenus pro portionibus exercitionis « neque enim invicem sui magistri videntur. » Le jurisconsulte, dans cette loi, ne paraît pas vouloir poser un principe : il dit seulement que la solidarité qui atteint les armateurs lorsqu'ils

ont constitué un magister, cesse dans notre cas, parce que les divers exercitores ne peuvent pas être considérés comme les magistri les uns des autres (L. 1, § 25, L. 2, L. 3, D. de exerc. act.). Il n'y a plus à craindre, en effet, que le tiers ne soit obligé de diviser son action entre des personnes inconnues, les exercitores ont probablement contracté en leur qualité de socii, il a été facile au tiers de se rendre compte des diverses parts sociales de chacun d'eux (1).

L'art. 1863 du Code civil a adopté la règle suivante, qui est d'accord avec la théorie romaine, telle que nous venons de la soutenir. « Les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égales, encore que la part de l'un d'eux, dans la Société, fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part. »

Les associés qui contractent ensemble, s'obligent-ils solidairement ?

On a essayé de soutenir que tous les associés lorsqu'ils contractent ensemble, s'obligent solidairement à l'égard des tiers, au moins pendant la durée de la Société. (2).

(1) En ce sens : Van Wetter. Des Obligations en droit romain, T. III, p. 108 et suiv. § 157. — Maynz. Cours de droit romain, T. II, § 227. — Namur. Cours de droit romain, § 236. — Contra. Glück, T. XV, § 970, I. — Molitor. Des Obligations en droit romain, T. II, n° 657. — Vangerow. T. III, § 603. Pandectes. — Comp. Accarias, T. II, § 627, p. 503, Note 2. — Thibaut. Pandectes, I, § 474.

(2) Opinion rapportée dans Gluck. T. XV. § 970. N° II. 1°.

Quand tous les associés contractent, pendant la durée de la Société, ils sont tous tenus solidairement. S'ils sont actionnés pour la première fois après la dissolution, ils ne sont plus tenus que pour leur part.

Cette opinion est en contradiction avec les textes, et ceux sur lesquels elle essaie de s'appuyer sont loin d'être probants. Elle est contraire d'abord à la L. 4, D. de exerc. act. L. XIV, t. I : « Si plures *per se* navem exerceant pro portionibus exercitionis conveniuntur. » Dira-t-on qu'il n'est pas certain que ces exercitores soient devenus associés? La L. 31, D. pro soc. L. XVII, t. II, nous dit en effet qu'on peut être en communauté sans qu'il y ait Société : « Communiter res agi potest etiam citra societatem, utputa cum non affectione societatis incidimus in communionem. » Mais si la situation des exercitores n'est pas celle d'associés, elle s'en rapproche du moins beaucoup ; il arrivera même qu'ils seront associés ; c'est le cas prévu par la L. 3, D. de exerc. act. L. XIV, t. I, où Paul fait mention expressément de l'action pro socio qui peut exister entre exercitores. On invoque la L. 44, § 1, D. de œdil. edicto L. XXI, t. I ; mais elle contient une disposition tout exceptionnelle applicable seulement aux venaliciarii et qui ne peut être étendue. On ne peut passer ainsi du particulier au général. Du reste la L. 44, § 1, D. de œdil. L. XXI, t. I, ne peut être invoquée ;

elle contient elle-même la réfutation de l'argument qu'on voudrait en tirer : « quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione quâ socii fuerint. » On prétend que ce texte fait allusion au cas où les marchands d'esclaves sont poursuivis pour la première fois après la dissolution de la Société ; mais le texte semble bien donner cette solution pour le cas où les marchands qui ont vendu un esclave atteint d'un vice, trafiquent en Société pendant l'existence de celle-ci : même alors l'actio empti peut être divisée contre chaque marchand proportionnellement à la part qu'il a dans la Société.

On objecte encore un passage de la L. 27, D. pro soc. L. XVII, t. II : « Omne œs alienum, dit le jurisconsulte Paul, quod manente societate contractum est, de communi solvendum est : licet postquam Societas distracta est solutum sit igitur et si sub conditione promiserat et distracta societate conditio extitit ex communi solvendum est. » Si l'expression « ex communi » désignait une obligation solidaire ou corréale, les associés seraient encore tenus in solidum après la dissolution de la Société. Le jurisconsulte Paul veut simplement dire que les associés sont tenus en commun des dettes sociales dans tous les cas sans distinction, peu importe que la Société existe encore ou qu'elle ait cessé d'exister. Ajoutons que la solidarité ne se présume pas.

Donc même lorsque les socii sont commerçants, la solidarité n'existe pas entre eux, conformément au principe général de droit suivant lequel, lorsque plusieurs personnes contractent ensemble une obligation, elles sont censées ne la contracter chacune que pour leur part, si elles n'ont pas expressément déclaré qu'elles la contractent solidairement (L. 11, § 2, D. de duob. reis) (1).

Mais il n'en est ainsi que dans l'hypothèse où ils ont contracté eux-mêmes, car s'ils ont préposé un magister à la conduite d'un navire, ils sont tenus solidairement « ne in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxerit, » car il serait injuste que celui qui a contracté avec un seul, se trouvât avoir, au procès, plusieurs adversaires. Si le tiers ne connaissait qu'un seul des exercitores, c'est évidemment la foi de celui-là qu'il a suivie ; s'il ne pouvait le poursuivre pour le tout, il est probable qu'il ne consentirait pas à contracter, dans la crainte d'avoir des débiteurs insolvables (L. 4, § 1, D. L. 1, § 25 — L. 2, D. de exerc. act. L. XIV, t. I). Si la solidarité cesse d'exister lorsque plusieurs exercitores qui ont pris en personne la direction d'un navire, ont contracté, c'est parce que le motif qui l'a fait établir a disparu. Il en était déjà autrement dans l'ancien droit français, où l'on avait fait prévaloir la règle contraire dans l'intérêt du crédit commercial. Elle était fondée,

(1) Pothier. Contrat de société, § 96.

nous dit Pothier (1), sur ce que des commerçants associés sont censés être les instituteurs et les préposés les uns des autres pour les affaires de la Société. Or, un instituteur ou préposé, en contractant, oblige solidairement tous ses commettants.

Les art. 22, 24, 28 du Code de Commerce ont reproduit le principe de notre ancien droit.

Il y avait cependant des cas où les associés étaient par exception tenus in solidum des dettes sociales. C'était :

1° Lorsque plusieurs associés s'étaient constitués correi promittendi (L. 2, D. de duob. reis. L. XLV, t. II.

2° Lorsque des argentarii associés s'étaient obligés (L. 25, pr. D. de pactis, L. II, t. XIV). Le tiers qui avait contracté pouvait poursuivre pour le tout (in solidum) celui d'entre eux qu'il préférait. Ceci se produisait le plus souvent lorsque le tiers faisait régulièrement des affaires avec une maison de banque et portait cette maison comme sa débitrice sur son codex accepti et expensi, par une expensilatio. Dans l'intérêt du commerce et pour faciliter l'exercice de l'action, on admit que chacun des argentarii associés, si la maison de banque appartenait à plusieurs, pourrait être actionné seul et pour la totalité de la dette par le créancier. Cette règle tout exceptionnelle qui s'établit par l'usage produisait ce résultat singulier que le tiers pouvait poursuivre à

(1) Pothier. Contrat de société, §§ 96, 103.

l'échéance une personne qu'il n'avait pu avoir l'intention d'obliger au moment où il avait fait l'expensilatio (1).

3° Lorsque des marchands d'esclaves associés avaient vendu un esclave vicieux, celui qui avait dans la Société une plus forte part que les autres était tenu pour le tout des actions édilitiennes (L. 44, § 1, D. de œdil. edict. L. XXI, t. I.) D'après M. Maynz (2) cette loi « crée moins un lien corréal qu'une espèce anomale d'indivisibilité. »

Voet (3) s'appuyant sur la loi 9 § 4. D. L. XXXIX, t. IV, admet que les publicani étaient tenus solidairement envers le fisc : « Socii vectigalium, si separatim partes administrent, alter ab altero minus idoneo in se portionem transferre jure desiderat. » S'il en était ainsi, c'était non pas parce que les socii vectigalium étaient tenus in solidum, mais parce que comme nous l'avons vu, le patrimoine de la personne morale responsable devant souffrir de l'incapacité d'un administrateur, tout associé était intéressé à ce que la gestion fût régulière et c'est à ce titre probablement qu'un administrateur capable était admis à prendre la place de l'administrateur inhabile. Nous avons vu que le manceps seul était tenu indéfiniment sur tous ses biens.

(1) Savigny. Du droit des obligations, § 17, p. 166 et suiv.
(2) Maynz. Cours de Droit romain. T. II. § 312. Note 10.
(3) Voet. Commentarius ad Pandectas. LXVII. t. II. N° 13

Les effets de la solidarité en matière de Société sont remarquables au point de vue de la confusion, de la compensation, du pacte de non petendo et du calcul de la quarte Falcidie :

1° Quand le débiteur devient l'héritier du créancier ou inversement quand le créancier devient l'héritier du débiteur, il y a confusion, il y a réunion sur une même tête de deux qualités incompatibles : celle de créancier et celle de débiteur. Supposé qu'il y ait plusieurs correi Primus et Secundus et que l'un d'eux Primus devienne héritier du créancier Tertius. Que va-t-il se passer ? Il faut distinguer suivant qu'il y a ou non Société. S'il n'y a pas Société, Secundus reste tenu pour le tout vis-à-vis de Primus qui devient créancier. Secundus a perdu la chance que le paiement soit demandé à son codébiteur Primus. Si Primus et Secundus étaient associés Secundus ne sera tenu de la dette que pour moitié; car s'il payait la dette entière il aurait un recours pour moitié au moyen de l'action pro socio contre son codébiteur aujourd'hui devenu créancier (L. 71, pr. D. de fidéj. L. XLVI, t. I.)

2° Un défendeur en justice devenu le créancier de son créancier ne peut en principe opposer la compensation que si les deux conditions suivantes sont réunies. Il faut : 1° que les deux obligations soient échues (L. 7, pr. D. de compens. L. XVI, t. II); 2° que les deux parties au procès soient bien réellement et personnellement

les mêmes parties qui ont figuré dans les obligations sauf le cas où l'une d'elles ou toutes les deux ont nommé un procurator (L. 16, pr. L. 18, § 1, D. de compensat. L. XVI, t II. — C. 9, C. de compens. L. IV, t. XXXI.). Il y avait exception à cette deuxième règle en matière de solidarité; le correus socius pouvait opposer la compensation du chef de son correus, absolument comme celui-ci aurait pu le faire lui-même. Primus et Secundus sont tenus vis-à-vis de Tertius correaliter. Primus devient créancier de Tertius. Primus actionné pourra de toute façon opposer la compensation à son créancier. Si les deux débiteurs solidaires sont socii, Secundus poursuivi par Tertius pourra lui opposer le même moyen et lui refuser le paiement de la dette « parce que ce rapport fait naître pour ces deux débiteurs un intérêt et un droit communs » (1). Il en était autrement au cas où il n'y avait pas Société : « Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri quod stipulator alteri reo pecuniam debet. » (L. 10, D. de duob. reis. L. XLV, t. II).

3° L'effet du pacte de non petendo n'est pas toujours le même. Remarquons d'abord que le pacte ne pourrait éteindre la dette *ipso jure*. Le pacte de non petendo consenti à l'un des débiteurs est-il *in personam* (a te, Prime, non petam) ses codébiteurs ne pourront l'opposer au créancier, y eût-il Société entre tous les correi. Au contraire, le pacte est-il *in rem,* il faut faire une

sous distinction. S'il n'y a pas Société, les codébiteurs ne pourront l'invoquer. S'il y a Société, ils pourront, au contraire, opposer l'exception pacti conventi, et cela, en vertu du principe que le pacte in rem est utile à celui au profit de qui il a été fait, et à tous ceux qui sont dans une position telle que la personne qui a fait le pacte a intérêt à voir leur obligation disparaître : « ... et in rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse, ejus qui pacisce-batur, interfuit. » S'il en était autrement, le correus promittendi auquel a été consenti le pacte de non petendo ne profiterait pas du pacte dans toute son étendue, puisque ses correi auraient un recours contre lui (L. 21, § 5, D. L. II, t. XIV — L. 23, L. 25, pr. D. de pactis. L. II, t. XIV).

Des règles analogues étaient applicables au legs de libération fait à l'un des débiteurs solidaires par le créancier. Si les débiteurs ne sont pas associés celui qui a le legs opposera à l'héritier qui le poursuivra contrairement au testament l'exceptio testamenti ou doli mali. Il pourra aussi exercer contre l'héritier l'action ex testamento pour le forcer non pas à lui faire acceptilatio, car les autres correi seraient par le fait même libérés mais simplement à lui consentir un pacte de non petendo. Si les correi étaient socii, le légataire pouvait exiger au moyen de l'action ex testamento que l'héritier lui fît acceptilatio, car le legs devait avoir pour

effet de le libérer complètement. Bien plus l'acceptilatio ou le pacte de non petendo in rem à lui consenti avait pour effet de décharger les autres correi pour le tout, car ils auraient eu contre leur codébiteur légataire l'action pro socio pour lui faire supporter une partie de la dette. Il en sera ainsi soit que le legs ait été fait à tous les correi socii, soit qu'il ait été fait à l'un d'eux seulement. (L. 3, §§ 3, 4, D. de liber. leg. L. XXXIV, t. III).

4° Au point de vue du calcul de la quarte Falcidie on distingue encore suivant que le défunt débiteur ou créancier solidaire était ou n'était pas socius avec ses codébiteurs ou cocréanciers. S'il existait une Société entre ces différentes personnes, on faisait entrer la créance ou la dette dans le calcul de la quarte Falcidie pour la part que le défunt avait dans la Société : s'il n'existait pas de Société la question de savoir sur quel patrimoine devait être imputée la dette ou la créance restait in pendenti jusqu'à ce que les poursuites eussent été intentées contre l'un ou l'autre des correi promittendi ou par l'un ou l'autre des correi stipulandi (L. 62 pr. D. Ad leg. Falc. L. XXXV, t. II).

B. *En ce qui concerne les créances*, les principes sont à peu près les mêmes.

Toute obligation suppose deux sujets, un créancier et un débiteur, mais plusieurs personnes peuvent devenir simultanément par le même

contrat soit créancières soit débitrices. Quand plusieurs personnes deviennent ainsi créancières en même temps bien qu'individuellement, elles le deviennent pour une part virile, à moins qu'il ne résulte soit de la convention soit des circonstances que la répartition doit être différente d'après l'intention des parties. On a reproduit ici la controverse que nous avons déjà examinée sur le point de savoir s'il s'agissait de parts viriles ou de parts proportionnelles. Il nous semble inutile de la reprendre, les motifs de décider étant les mêmes.

Cependant, les associés peuvent devenir créanciers pour le tout dans trois hypothèses :

1° Lorsqu'ils sont correi stipulandi (L. 9, pr. D. de pact. L. II, t. XIV — L. 34, pr. D. de recep. L. IV, t. VIII).

2° Lorsqu'ils sont argentarii (L. 9, pr. D. de pact. L. II, t. XIV — L. 27, pr. D. L. II, t. XIV). Chaque argentarius a une action in solidum contre le débiteur d'une maison de banque sans que la solidarité ait été expressément stipulée.

3° Lorsque l'obligation est indivisible.

Lorsqu'il y a plusieurs rei stipulandi, que décider pour la confusion, la compensation, etc. ?

1° Pour la confusion qui s'opère entre le débiteur et l'un de plusieurs rei stipulandi, les mêmes principes que plus haut reçoivent leur application : on distinguera suivant qu'il y aura ou non Société entre les divers cocréanciers.

2° Le débiteur qui a contracté avec deux

rei stipulandi peut-il opposer à l'un la créance qu'il a contre l'autre ? Nous croyons qu'il ne le peut jamais, sans distinction entre le cas où les correi sont socii et celui où ils ne le sont pas. Le créancier, lorsqu'il y a Société, pourrait bien, si le débiteur était autorisé à invoquer la compensation, recourir contre son correus par l'action pro socio, mais encore faut-il que celui-ci soit solvable. Le correus a donc grand intérêt à obtenir condamnation contre le débiteur (1).

3° De même le débiteur ne pouvait opposer à un argentarius ou à un correus stipulandi la remise consentie ou léguée par l'autre associé. La question était discutée et le jurisconsulte Paul la tranche dans la L. 27, pr. D. de pactis. L. II, t. XIV, en ce sens que chaque argentarius n'avait qu'un droit, celui de recevoir paiement de la créance tout entière ; il ne pouvait disposer du droit de son cocréancier en consentant un pacte de remise opposable à celui-ci. Il n'y avait pas non plus à distinguer suivant que les correi étaient ou non associés. On a soutenu, cependant, que dans le cas de Société, le pacte consenti par l'un des correi pouvait être opposé à l'autre jusqu'à concurrence de la part qui devait appartenir au premier dans la créance. La L. 27 est contraire à cette opinion, car il est évident que si le pacte consenti par l'un des argentarii ne doit pas nuire à l'autre, il ne peut lui être

(1) Demangeat. Des oblig. solidaires, p. 283. — Savigny. Du droit des obligations, § 18. P. 186. Note O.

opposé, même pour partie. Il doit en être de même lorsqu'il s'agit de rei stipulandi.

II. Quelques-uns des associés ou l'un quelconque des associés ont contracté avec les tiers

A. *Au point de vue des dettes*, les associés qui n'ont pas contracté peuvent en principe considérer l'acte passé par leurs co-associés comme res inter alios acta ; ils ne sont nullement obligés vis-à-vis des tiers.

Il en est autrement de celui ou de ceux qui se sont engagés : ils sont débiteurs, soit pour le tout, soit pour leur part virile, selon que l'engagement a été pris par un seul ou par plusieurs, à moins que dans cette seconde hypothèse il ne résulte de la convention ou des circonstances que chacun d'eux a voulu s'obliger in solidum. Nous réservons comme plus haut la solidarité légale des argentarii socii et l'obligation sui generis des venaliciarii (L. 74, D. pro soc. L. XVII, t. II. L. 28, D. L. XVII, t. II. L. 11, § 1, D. de duob. reis. L. XLV, t. II. — L. 37, D. de stip. serv. L. XLV, t. III).

Les créanciers pourront agir tant sur les biens personnels des associés contractants que sur leur part sociale ; il est du moins permis de le croire, la L. 68, D. pro soc. L. XVII, t. II, permettant aux associés de disposer de leur part, il est rationnel de la faire entrer dans le gage de leurs créanciers : on peut faire indirectement ce qu'il

est permis de faire directement; les associés qui étaient libres d'aliéner leur droit dans l'actif social étaient libres aussi de l'engager et de le soumettre virtuellement à l'action de leurs créanciers. Du reste, lès coassociés qui n'ont pas contracté opposeraient en vain aux tiers poursuivants le contrat de société, ce contrat n'ayant pas d'existence pour les tiers.

Donc, en principe, il n'existe d'action qu'entre les tiers et les associés qui ont été parties à l'acte, les autres associés sont à l'abri de toute poursuite.

Si l'associé ou les associés ont traité en vertu d'un mandat spécial ou bien en vertu d'un mandat exprès ou tacite contenu dans le pacte social, on appliquera les règles qui seront indiquées plus loin pour le cas où c'est un mandataire libre qui a contracté.

En l'absence d'un mandat quelconque, les associés pouvaient être tenus de in rem verso lorsque l'affaire à laquelle un seul des associés avait été mêlé tournait au profit de la Société : « Jure societatis per socium œre alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniœ versœ sint. » Un associé n'est pas obligé en vertu du contrat de Société, à payer les dettes contractées par son coassocié, à moins que l'argent n'ait été versé dans la caisse commune (L. 82, D. pro soc. L. XVII, t. II).

B. *Au point de vue des créances,* il y a

lieu comme au point de vue des dettes de faire l'application des principes généraux : chacun des associés contractants sera créancier personnellement pour une part virile à moins qu'il ne résulte de la convention ou des circonstances qu'il l'est pour le tout.

III. La Convention a été passée par l'intermédiaire d'un esclave commun.

A. *Relativement aux dettes.*

Il était de principe en droit romain que le paterfamilias pouvait acquérir des créances au moyen des contrats passés par son fils ou par son esclave même sans son consentement, mais ne pouvait devenir débiteur par le même moyen, même lorsqu'il avait l'intention de s'obliger par l'intermédiaire de ces personnes ou plutôt en même temps que ces personnes qui s'obligeaient soit jure civili (fils) soit jure naturali (esclave) : « Melior conditio nostra per servos fieri potest deterior fieri non potest » (L. 133, D. de reg. juris. L. L, t. XVII — L. 62, D. de verb. oblig. L. XLIV, t. VII — C. 12, § 1, C. de acq. vel amitt. poss. L. VII, t. XXXII). Le droit prétorien ne pouvait laisser subsister cette règle, injuste en tant qu'elle aurait pu permettre au père de famille de s'enrichir aux dépens d'autrui ; il la corrigea peu à peu et il fut admis que l'esclave ou le fils de famille qui aurait contracté sur l'ordre exprès ou tacite du père ou du maître, voire

même seulement au su de celui-ci, ou bien en l'absence de ces conditions qui aurait procuré un enrichissement au père ou au maître, obligerait le père ou le maître. Celui-ci pouvait être poursuivi par l'une ou l'autre des actions quod jussu, exercitoria, institoria, de peculio, de in rem verso. Ces actions qui ont reçu le nom d'actions adjectitiœ qualitatis n'étaient que les actions ordinaires données à titre spécial du chef d'une personne soumise à la puissance d'une autre et dont la formule était modifiée suivant la qualité en laquelle le défendeur figurait au procès.

C'est d'abord l'*action quod jussu.* — Le jussus qui n'avait pas nécessairement la forme du commandement, qui pouvait être donné sous forme de mandat ou de permission, qui pouvait même n'être qu'une ratification succédant à un acte accompli, devait seulement être certain. Pour le donner il fallait avoir la propriété de l'esclave et être capable de s'obliger.

Quand le jussus avait été donné par un seul des associés il répondait seul et pour le tout à l'action quod jussu qui était donnée contre lui. Quand le jussus avait été donné par tous les associés, ils étaient tenus chacun in solidum et pouvaient être poursuivis pour le tout (L. 5, § 1, D. quod jussu. L. XV, t. IV). Il faut toutefois que l'esclave se soit strictement conformé au jussus et en ait respecté les limites.

L'action exercitoria était également donnée

in solidum contre chacun des associés lorsqu'ils avaient préposé un de leurs esclaves à la conduite d'un navire, et cela pour éviter la division des poursuites. Celui qui sera poursuivi pour le tout pourra recourir contre ses coassociés par l'action pro socio ou par l'action communi dividundo (L. 1, § 25, L. 4, § 2, D. de exerc. act. L. XIV, t. 1). Il faut toujours que le magister navis soit resté dans la limite de ses pouvoirs.

L'action institoria suppose que l'esclave a été mis à la tête d'un commerce quelconque et en notre matière qu'il a été préposé par des associés. Les associés seront-ils poursuivis chacun pour la part de propriété qu'il a dans l'esclave ou bien pro æqualibus partibus, ou bien chacun pour la part qu'il a dans le négoce, ou bien in solidum? Telle est la question que le jurisconsulte Julien s'était posée. « Et verius esse ait, nous dit la L. 13, §. 2, D. de instit. act. L. XIV, t. III, exemplo exercitorum et de peculio actionis, in solidum unumquemque conveniri posse. » C'était aussi l'avis d'Ulpien.

Quid lorsqu'un servus alienus avait été mis à la tête d'un commerce par les associés ? Chacun d'eux était encore tenu in solidum (L. 14, D. de inst. act. L. XIV, t. III).

Avant d'examiner les effets du contrat de société lorsque l'action tributoria était exercée contre les associés, disons d'abord ce qu'était cette action.

Le préteur avait institué l'*action tributoria* pour le cas suivant : Un esclave qui a un pécule, se sert de ce pécule pour faire le commerce, et cela, au su de son maître. Si les valeurs contenues dans le pécule, fonds de commerce et acquisitions faites avec les bénéfices qui en sont provenus, ne suffisent pas à désintéresser les créanciers, il y a lieu à un partage en nature et au marc le franc entre le maître, s'il lui est dû quelque chose, et les autres créanciers de l'esclave. Le maître est chargé de cette distribution sans qu'il puisse invoquer aucun droit de préférence. Si le maître commet un dol en faisant la répartition, si l'un des créanciers reçoit moins que ce qui lui est dû, il aura contre le maître l'action tributoire (I. J. L. IV, t. VII, § 3).

Quand l'esclave appartient à deux maîtres, à deux associés par exemple, et que tous deux ont su qu'il faisait le commerce, le créancier est autorisé à exercer l'action tributoria contre l'un ou l'autre, à son choix. Si l'un des associés seulement l'a su, lui seul sera soumis à l'action tributoire : « Deducetur tamen solidum, quod ei qui ignoravit, debetur. » On déduira « en entier » ce qui peut être dû à l'autre socius. Toutefois, nous dit la même loi 3 pr. D. de trib. act. L. XIV, t. IV, si c'est le socius qui a ignoré le commerce de l'esclave qui est actionné le premier, il ne pourra être poursuivi que *de peculio*, jusqu'à concurrence des forces du pécule et l'on devra déduire en entier du pécule ce

qui peut être dû au maître qui a eu connaissance du commerce de l'esclave; car si ce maître avait été poursuivi *de peculio*, il aurait pu faire cette deductio.

Gaius (C. IV, §§ 73, 74) et Justinien (I. J. L. IV, t. III, § 4) nous apprennent que bien qu'il n'existe qu'une action pour agir de peculio et de in rem verso, cette action contient deux condamnations, c'est-à-dire qu'il n'y a qu'une seule formule donnée tantôt de peculio, tantôt de in rem verso, tantôt enfin de peculio et de in rem verso.

« *L'action de peculio* est établie pour sanctionner à l'égard du maître les obligations contractées par son esclave devenu chef de pécule » (1) sans qu'il soit nécessaire que le patrimoine propre du maître en ait reçu une augmentation. L'action était donnée jusqu'à concurrence du pécule. Le maître avait le droit de prélever sur le pécule les créances qu'il pouvait avoir contre la masse de biens dont l'esclave avait l'administration (I. J. L. IV, t. VII, § 4. — L. 9, § 6, D. de pec. L. XV, t. I).

L'action de in rem verso suppose « un profit réalisé en dehors du pécule et qui s'applique au patrimoine du maître » (2). Votre esclave emprunte à Titius dix écus d'or, il en emploie cinq à payer un de vos créanciers : il dépense

(1) Accarias, t. II, N° 882.
(2) Accarias, t. II. N. 882, p. 1182.

les cinq autres d'une manière quelconque. Vous serez tenu de in rem verso pour les cinq premiers et pour les cinq autres jusqu'à concurrence du pécule.

Un esclave indivis entre plusieurs associés peut avoir l'administration d'un pécule également commun entre eux. Chacun d'eux peut être poursuivi pour le tout par l'action de peculio, et pour calculer les forces du pécule, le juge devra tenir compte non seulement des valeurs du pécule que l'esclave tient de l'associé poursuivi, mais encore des valeurs du pécule qu'il tient des autres associés, car « il serait injuste que celui qui a contracté avec un seul fût obligé de diviser son action entre plusieurs » « est enim iniquum in plures adversarios distringi eum qui cum uno contraxerit ». L'associé poursuivi ne subira de ce chef aucun préjudice parce qu'il aura recours contre ses associés soit par l'action pro socio, soit par l'action communi dividundo pour se faire rembourser ce qu'il a payé au delà de sa part.

Précisément à cause de ce recours que les associés ont le droit d'exercer les uns contre les autres par l'action pro socio ou par l'action communi dividundo, celui qui est actionné a le droit de déduire du pécule non seulement ce qui lui est dû, mais encore ce qui est dû à l'associé non poursuivi (L. 27, § 8, D. de pec. L. XV, t. I. — L. 13, § 2, D. de inst. act. L. XIV, t. III. — L. 11, § 9, LL. 12, 15, 16, D. de pec. L. XV, t. I).

L'esclave appartenant à plusieurs associés a contracté et tout le profit a été pour le patrimoine de l'un des associés. L'action de in rem verso a-t-elle lieu contre celui-là seulement ou bien peut-elle être intentée contre les autres? Elle ne pourra l'être que contre celui dont le patrimoine a été grossi de l'in rem versum (L. 13, D. de in rem verso. L. XV, t. III).

Dans une hypothèse cependant l'associé qui n'a pas profité de l'acte accompli par l'esclave commun pourra être poursuivi de in rem verso. Supposons deux associés : l'un d'eux, Primus, a remis un pécule à l'esclave : cet esclave traite une affaire qui enrichit l'autre associé Secundus. Le tiers créancier poursuit Primus de peculio. Pour établir les forces du pécule, on devra y faire figurer la créance naturelle de l'esclave contre Secundus, créance qui a pour cause l'in rem versum. Primus tenu directement de peculio est tenu indirectement de in rem verso, et il a un recours contre son coassocié, parce que condamné de peculio, il est tenu en considération d'un profit fait par Secundus et auquel il n'a pas participé. Il n'en pourrait être de même, si l'associé Primus avant d'être poursuivi avait enlevé à l'esclave le pécule qu'il lui avait d'abord confié. Tel nous paraît être le sens de la L. 14, D. de in rem verso. L. XV, t. III, que Pothier après Cujas a essayé de corriger. Ils ont proposé la correction suivante : « Quid enim dicemus si peculium servo ademptum *non*

fuerit », ajoutant au texte la négation que nous avons écrite en italique. Cette modification nous paraît inutile. Le jurisconsulte s'est servi de la forme interrogative : « Quid enim dicemus.....? » qui a son correspondant en français dans les expressions : « Pourrions-nous en dire autant, dirions-nous de même ? » au lieu de dire simplement « il n'en serait pas de même, une autre solution devrait être admise..... » (1).

Le créancier avait le droit de choisir entre les actions quod jussu, exercitoria, institoria, tributoria et l'action de peculio et de in rem verso (L. 9, § 1, D. de trib. act. L. XIV, t. IV). Mais il pouvait parfois avoir intérêt à prendre l'une plutôt que l'autre. Cet intérêt se manifestait principalement lorsqu'il y avait concurrence entre les action tributoria et de peculio. L'action de peculio différait de l'action tributoria en ce que le père de famille avait le droit de prélever sur le pécule avant tous autres créanciers les créances naturelles qu'il pouvait avoir contre l'esclave, par conséquent de déduire du pécule la valeur qu'il avait donnée pour le former; dans l'action tributoire, si le pécule était insuffisant pour désintéresser les créanciers, le maître venait en concurrence et par contribution avec eux, c'est-à-dire que le

(1) Cujas. Tractatus ad Africanum. Ad leg 17 de in rem verso. Pothier Pandectes. L. XV, t. III, art. III. XVIII. Notes 7 et 8.

partage des valeurs composant le pécule se faisait proportionnellement à la créance de chacun.

D'autre part, les biens qui servaient à l'esclave pour son commerce faisaient seuls l'objet de la distribution dans l'action tributoire ; au contraire l'action de peculio portait sur tous les biens qui faisaient partie du pécule à un titre quelconque : il pouvait être très avantageux pour les créanciers de la mettre en œuvre de préférence à l'action tributoire, même déduction faite des valeurs que le maître avait remises à l'esclave pour constituer le pécule. Nous avons vu de plus que cette action avait deux condemnationes, l'une de peculio, l'autre de in rem verso : elle pouvait donc comprendre tous les bénéfices que les contrats de l'esclave avaient pu procurer au maître, sans qu'il y eût lieu de distinguer s'ils avaient été réalisés à l'occasion ou en dehors du pécule. (I. J, L. IV, t. VIII, § 5).

Quand un créancier poursuivait par l'action tributoire, il devait fournir caution d'effectuer le rapport de ce qu'il avait touché, si d'autres créanciers se présentaient dans la suite : la même obligation n'existait pas à la charge du créancier qui s'était fait payer par l'action de peculio (L. 5, § 19, D. de trib. act. L. XIV, t. IV).

L'action de peculio n'assurait pas toujours aux créanciers l'intégralité de ce qui leur était dû, inconvénient que ne présentait pas l'action quod jussu.

B. *Relativement aux créances* quelle était la règle à suivre en notre matière ?

Si un servus communis faisait une stipulation, en principe chacun des maîtres acquérait la créance pro dominicâ parte, proportionnellement à sa part de propriété dans l'esclave (I. J. L. III, t. XVII, de stip. serv. § 3. — L. 5, D. de stip. serv. L. XLV, t. III).

Un servus communis a stipulé en ces termes : « Dominis meis dare spondes ? » La stipulation profitera à ses maîtres « pro parte quâ domini essent. » Au contraire, ils deviendront créanciers « pro virilibus partibus » s'il a stipulé en cette forme « Lucio Titio et Gaio Seio dare spondes ? » Le jurisconsulte Pomponius nous fait part de son hésitation dans l'hypothèse suivante, où l'esclave en stipulant a réuni les deux termes employés séparément dans les interrogations précédentes : « Lucio Titio et Gaio Seio dominis meis dare spondes ? » Lucius Titius et Gaius Seius deviendront-ils créanciers pour des parts égales, ou bien pour des parts proportionnelles à leur droit de propriété sur l'esclave ? Il faudrait connaître quelle est la partie de la stipulation qui n'est qu'adjointe, et quelle est celle qui doit être considérée comme principale. Le jurisconsulte est d'avis que la créance se divisera par portions viriles, l'indication des noms étant placée la première et la dénomination « magistris meis »

paraissant n'être que subsidiaire. (L. 37, D. de stip. serv. L. XLV, t. III).

Cependant dans trois cas exceptionnels, l'esclave commun peut acquérir seulement et exclusivement pour l'un de ses maîtres.

1° Lorsque l'esclave a stipulé « nominatim uni dominorum », quand il a désigné expressément celui des maîtres qui doit profiter de l'acquisition. Il en serait de même si l'acquisition était faite par mancipation (I. J. L. III, per quas pers. oblig : nobis adq : t. XXVIII, § 3. — G. C. III, § 167).

2° Lorsque l'esclave stipule sur l'ordre d'un seul de ses maîtres « Jussum pro nomine accipimus » (L. 25, § 6, de usuf. L. VII, t. I).

Les Proculiens, nous dit Gaius (C. III, § 167) professaient une doctrine contraire : d'après eux les maîtres de l'esclave devenaient tous créanciers, comme si l'esclave n'avait reçu aucun jussus. Ce fut l'opinion Sabinienne qui prévalut. D'après les I. J. L. III, t. XXVIII, § 3, celui des maîtres qui avait donné l'ordre devenait créancier.

Un esclave commun stipule sur l'ordre de l'un de ses maîtres, mais en faisant intervenir dans la stipulation le nom d'un autre. Quel est celui des maîtres qui va profiter de la stipulation ? Est-ce celui qui a donné l'ordre ? Est-ce celui dont le nom a été prononcé dans la stipulation ? Ou bien la stipulation va-t-elle profiter à tous ? Justinien semble distinguer deux hypo-

thèses (C. 3, C. per quas pers. nob. adq. L. IV, t. XXVII). Si l'esclave a reçu l'ordre de stipuler *sine nomine* ou bien *nominatim* la créance est acquise *ei qui jussit.* Si le maître n'a pas précisé dans quelle forme la stipulation devrait être faite l'acquisition se fait au profit de celui qui a été désigné dans la stipulation.

3° Lorsque par la force des choses, l'objet qui a été stipulé ne peut être acquis par tous les associés ; par exemple s'il s'agit d'une servitude prédiale constituée en faveur d'un fonds qui appartient tout entier à l'un des maîtres de l'esclave (L. 12. D. de auct. et cons. tut. L. XXVI. VIII. — L. 7, § 1, L. L. 8 et 9 pr., L. 18, § 1 D. de stip. serv. L. XLV. t. III).

IV. Les associés ont traité par l'intermédiaire d'un mandataire, homme libre sui juris.

Ce mandataire peut être un associé, ou bien une personne étrangère à la Société. Nous supposons toutefois que le mandataire est un homme libre.

D'après les principes romains une personne ne peut en obliger une autre en contractant avec une personne tierce et le mandataire qui contracte s'oblige seul vis-à-vis des tiers. Cependant dans l'intérêt du commerce le préteur se rendant compte du peu de crédit dont jouissait un magister navis ou un institor qui

ne pouvait par ses contrats engager son préposant, et faisant fléchir devant des considérations pratiques la rigueur des règles primitives, avait créé l'action exercitoria d'abord, puis l'action institoria, contre le préposant (L. 1, pr. D. de exerc. act. L. XIV, t. 1. — L. 1, D. de inst act. L. XIV, t. III). Peu à peu l'action institoria reçut une plus grande extension, et finalement elle fut donnée utilitatis causâ contre le mandant dans l'intérêt de qui le mandataire s'était obligé.

Quand plusieurs associés ont donné mandat à l'un d'eux ou à un tiers de contracter pour la Société, les associés sont-ils tenus in solidum ou bien seulement pour leur part?

Nous croyons que les associés doivent être traités comme des exercitores et que, par analogie des règles applicables en cas d'action exercitoria et institoria, les associés sont tenus in solidum. Les tiers ont, en effet, contre eux *l'action exercitoria*, si le mandataire est un préposé mis par les associés exercitores à la tête d'un commerce maritime quelconque par exemple à la tête d'un commerce de transports, *l'action institoria*, lorsque le préposé est à la tête d'un commerce terrestre, *l'action quasi institoria* lorsque le mandat n'est pas un mandat commercial mais un mandat civil. Dans les deux premiers cas sans aucun doute, les associés sont obligés in solidum : « Si plures navem exerceant cum quolibet eorum, in

solidum agi potest. » (L. 1, § 25, L. 2, L. 3, L. 4, § 1, D. de exerc. act. L. XIV t. I). Les préposants sont de même tenus in solidum de l'action institoire « exemplo exercitorum » (L 13, § 2, D. de inst. act. L. XIV, t. III). Il ne peut donc y avoir de doute que pour le cas où il y a mandat purement civil et où il y a lieu par suite à l'action quasi institoire.

On a invoqué, pour prétendre que les associés ne pouvaient être tenus in solidum, mais seulement pro parte les raisons suivantes : 1° Ce sont des motifs tout spéciaux qui ont fait établir la solidarité en cas d'action institoria et exercitoria : La solidarité trouve sa raison d'être dans la nécessité d'assurer aux tiers un recours sérieux et facile (L. 2, D. de exerc. act. L. XIV § 1) et aux exercitores un plus grand crédit. La solidarité ne se présume pas, elle doit être expressément stipulée et il faut dire que l'action utile sera donnée contre les mandants seulement pro parte, parce que l'on doit appliquer ici les règles de la cession d'actions. Le tiers ne fait qu'intenter l'action de celui avec lequel il a contracté, il est procurator in rem suam. L'action était l'action pro socio, si le mandataire était un associé, l'actio mandati contraria si le mandataire était un tiers étranger à la Société; or, dans ces actions, chaque associé ne répond que pour sa part sociale (1).

(1) Maynz. Cours de droit romain. T. II, § 312. — Cor-

Mais donner aux tiers contre le mandant les actions utiles ad exemplum institoriœ actionis, c'était vraisemblablement étendre à ces actions les règles générales de l'action institoire ; or, cette dernière action était bien donnée in solidum. D'autant plus que « les raisons qui justifient l'existence » « et nous ajoutons les règles » des actions exercitoria et institoria se retrouvent avec plus ou moins de force chaque fois qu'un mandataire s'oblige dans l'exécution de son mandat. » (1)

Bien entendu l'associé poursuivi in solidum qui a payé la dette de la Société, pourra se faire indemniser par ses coassociés car il ne doit supporter que sa part dans la dette. (L. 13, § 2, D. de inst. act. L. XIV, t. III).

La solidarité était-elle subordonnée à la solvabilité des autres associés ?

L'affirmative essaie de s'appuyer sur la L. 14, D. de inst. act : L. XIV, t. III. « Certe ubicunque actio societatis vel communi dividundo cessat, quemque pro parte suâ condemnari oportet constat. » Cette loi prouve, dit-on, que dans le cas où l'insolvabilité des associés rend inutile entre eux l'exercice de l'action pro socio, l'associé poursuivi n'est tenu que pro parte.

nil. Traité élémentaire des droits réels et des obligations, § 141. p. 295.

(1) Accarias. T. II, § 637. — En faveur de notre opinion. V. Van Wetter. T. III, § 157, II, 1° — Gluck, T. XV, N° 970, II, 2, a. — Vangerow. T. II, § 653, II, 2, a. — Molitor. T. II, § 655. — Thibaut, § 474. B. b. —

Pour que l'associé poursuivi puisse être considéré comme obligé in solidum, il est nécessaire qu'il puisse après le paiement de la dette exercer *utilement* une action récursoire contre ses coassociés.

Est-ce bien là le sens de la L. 14 de inst. act. ? Paul part du principe suivant : l'action pro socio et l'action communi dividundo ne peuvent exister que là où il y a une Société ou une communauté. Là où il n'existe ni Société ni communauté, on ne peut pas plus parler d'action pro socio que d'action communi dividundo : on comprend dès lors que des individus ne se trouvant rapprochés par aucun intérêt juridique ne puissent être poursuivis que pour leur part et portion. Ce n'est pas l'insolvabilité des prétendus associés qui fait disparaître la solidarité, mais bien l'absence de toute Société. Voici l'hypothèse sur laquelle raisonne le jurisconsulte. Un maître a préposé son esclave à un commerce. Cet esclave a emprunté de l'argent pour le compte de son maître ; celui-ci vient à mourir léguant la liberté à l'esclave et laissant deux héritiers. Les héritiers ne seront pas tenus in solidum, mais seulement pour leur part, parce qu'entre eux l'action communi dividundo n'est pas possible ; en effet, il n'y a pas communauté, les dettes se divisant de plein droit. Que nous dit la suite du texte ? « veluti si is cujus servo creditum est duobus heredibus institutis ei servo libertatem dederit ; nam heredum quisque pro

suâ parte conveniendi sunt, quia cessat inter eos communi dividundo judicium. » Il ne faut pas confondre le cas où l'action récursoire est juridiquement inadmissible avec le cas où elle existe, mais est rendue inefficace par l'insolvabilité des associés.

On a invoqué aussi la L. 13, § 2, D. de inst. act. L. XIV, t. III, combinée avec la L. 27, § 1 et la L. 28, D. de pec. L. XV, t. I. Cette dernière loi suppose que l'un des maîtres d'un esclave commun meurt insolvable ne laissant ni héritier, ni bonorum possessor; l'autre maître qui est poursuivi ne peut être condamné que jusqu'à concurrence de ce qu'il a du pécule. Mais la solution de ce texte spécialement écrit pour l'action de peculio ne doit pas être étendue (1).

La part de dette d'un associé insolvable était répartie entre tous les associés (L. 67, pr. D. pro soc. L. XVII, t. II).

Du cas de mandat, on peut rapprocher le cas de gestion d'affaires. Pas de difficulté, quand il y a eu ratification « Ratihabitio mandato œquiparatur ». Mais indépendamment de toute ratification, on admet généralement que les tiers qui avaient contracté avec un negotiorum gestor, pouvaient, d'après les uns exercer contre celui dont les affaires avaient été gérées, les actions utiles, par analogie des régles du mandat, ou

(1) Glück, § 970. II, 2°, a. t. XV. — Vangerow, § 653. II, 2°, a, Van Wetter, § 157. II, 1°.

au moins la condictio sine causâ (condictio juventiana) lorsqu'il y avait eu enrichissement (L. 32, D. de reb cred. L. XII, t. I), d'après les autres l'action de in rem verso (L. 82, D. pro. soc. L. XVII, t. II).

On n'est pas d'accord sur le sens qui doit être donné à cette loi 82.

Premier système. — On prétend que la L. 82, D. pro. soc. L. XVII, t. II ne prévoit pas l'hypothèse d'une gestion d'affaires.

Cette opinion s'appuie sur la haute autorité de Cujas (1) qui s'exprime ainsi : « Respondit Papinianus non esse obligatum eo nomine alterum socium, nisi pecunia versa sit in rem et in arcam communem : quod non ita est accipiendum ut dicat alterum socium eo nomine creditori, qui mutuam pecuniam dedit alteri, socio non obligari aliter quam si pecuniœ versœ sint in rem aut arcam communem : neque enim hoc sentit Papinianus, quia etiamsi pecunia, quam socius mutuam accepit, versa sit in arcam communem, alter socius eo nomine creditori non obligatur, cum quo nihil contraxit ».

D'après cette opinion la L. 82 n'aurait trait qu'aux relations des associés entre eux et non aux relations des associés avec les tiers : elle n'aurait pas pour but d'indiquer dans quels cas le coassocié de l'emprunteur peut être directement actionné par le prêteur, mais bien de

(1) L. 82. In libro III. Responsorum Papiniani.

décider que, si un associé a obtenu une somme à titre de prêt, son socius n'est tenu envers lui que si la somme a été versée dans la caisse commune. On invoque les arguments suivants :

1° Si l'on rapproche la L. 82 de la L. 16, D. de reb. cred. L. XII, t. 1 et de la L. 27, pr. D. de pactis L. II t. XIV, on peut se convaincre qu'un associé ne peut être lié envers un tiers que s'il contracte lui-même ou s'il a donné mandat de contracter à un tiers ou à son coassocié : « Non quærimus in creditâ pecuniâ, ad quem ea pecunia pervenerit, ajoute Cujas dans le même commentaire, sed quis eam pecuniam rogavit, quis contraxit ut hic solus obligetur. « Et il transcrit ce passage de Sénéque. De beneficiis, 5 : « Pecunia ab eo petitur, cui credita est quamvis illa ad me aliquo modo pervenerit. »

Il est inexact que, dans ce cas, il y ait in rem versum : « l'action de in rem verso n'a été introduite que pour le cas ou *l'esclave* ou *le fils de famille* avait contracté *sans mandat*, elle était le complément des actions institoria et exercitoria. » Quand le père ou le maître avait profité du contrat passé par le fils ou l'esclave, le tiers pouvait se retourner contre lui, parce qu'il avait suivi la foi du père ou du maître, et que c'est ce dernier qu'il avait voulu obliger en contractant avec le fils ou l'esclave. Mais notre hypothèse est toute diffé-

rente. Nous nous trouvons en présence d'un individu *sui juris* qui a contracté en son nom et sans être investi d'un mandat : le tiers n'a pu songer à la personne qui a profité de l'emprunt, par exemple, s'il s'agissait d'une mutui datio, puisque cette personne lui était absolument inconnue, il a suivi la foi de l'emprunteur seul. Admettre le recours du prêteur contre le tiers qui a profité de l'emprunt, ce serait troubler la sécurité des relations commerciales; dans chaque opération il faudrait rechercher quelle est l'origine des deniers, dans la crainte d'un recours possible de la part d'un créancier inconnu, recours que l'on ne pourrait que difficilement éviter. L'action de in rem verso fondée sur une exception au principe que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties, ne saurait être étendue. On tire de ces observations la conclusion que « sans exception l'associé qui contracte seul et sans mandat ne saurait aucunement engager ses coassociés sans leur participation, ou sans leur ratification subséquente » (1).

2° On prétend que les mots « jure societatis » par lesquels commence la loi 82 suffisent à indiquer sa portée. Le contrat de Société ne produisait d'effets qu'entre les associés; conformément à ce principe, la L. 82 ne vise que les obligations des associés entre eux, les seules

(1) Molitor §§ 658, 777.

qui puissent exister jure societatis. Si donc un associé agissant sans mandat a fait un acte qui intéresse la Société, c'est-à-dire ses coassociés comme lui-même, il les oblige envers lui ; s'il a, par exemple, contracté un emprunt sans avoir reçu qualité de ses coassociés, et que les fonds soient tombés dans la caisse commune, il pourra se faire rembourser par eux, au moyen de l'action pro socio.

Cette théorie selon nous ne doit pas être admise. Il est exact que, à l'origine, l'action de in rem verso n'était donnée aux tiers que contre le père ou le maître qui avait profité d'un contrat passé sans mandat ni ordre par une personne qui était sous sa puissance ; mais, bien que l'opinion contraire ait été soutenue par Cujas, nous ne croyons pas que l'action de in rem verso doive être restreinte dans des limites si étroites.

La Const. 7, § 1, C. quod cum eo qui in al. potest. est. L. IV, t. XXVI, la Const. 19, C. de procur. L. II, t. XIII semblent bien prouver que l'action de in rem verso doit être donnée au tiers, si le dominus a tiré profit du contrat, même lorsque l'autre partie était une personne libre sui juris.

On croit trouver un argument dans les mots « jure societatis » qu'emploie la loi 82; mais il est réfuté par cette même loi ; les mots « per socium » que nous y rencontrons démontrent bien que le jurisconsulte a eu en vue une obliga-

tion contractée par un associé par l'entremise de son coassocié et non une obligation qui n'existerait que dans les rapports des associés entre eux. Les mots « jure societatis » peuvent s'expliquer par cette idée qu'il s'agit d'une obligation née à l'occasion d'un acte ayant trait aux affaires sociales accompli par l'un des associés. Les associés non contractants sont tenus de l'in rem versum à cause du contrat de Société.

Deuxième Système. — M. de Savigny (1) n'admet pas non plus que l'action de in rem verso puisse être donnée comme action utile, quand le contractant est une personne libre dégagée de tout lien de puissance, mais seulement lorsque le contrat a été passé par un fils ou par un esclave : « La personne libre qui passe un contrat dans mon intérêt a toujours contre moi une action en recours, actio mandati contraria ou negotiorum gestorum contraria suivant qu'elle agit d'après mon mandat, ou sans mandat. Cette action il peut et doit la céder contre moi au tiers avec lequel il a contracté; il n'est donc pas besoin d'une nouvelle invention du préteur pour lui procurer une action contre moi. Au contraire quand mon fils ou mon esclave passe un contrat dans mon intérêt, il ne peut avoir contre moi cette action en recours (pas plus qu'aucune autre action) il ne peut donc la céder

(1) Savigny. — Du droit des obligations, § 54, t. II, p. 173.

au tiers. De là, la nécessité de compléter le droit pratique par l'action prétorienne de in rem verso, nécessité qui ne se présente pas dans le cas d'un contractant libre » (1).

Troisième Système. — L'action de in rem verso est bien celle que prévoit la L. 82, D. L. XVII, t. II. Cette action à l'origine était donnée aux tiers contre le maître ou le pater-familias, quand un esclave ou un fils de famille avait contracté en dehors de l'ordre de la personne sous la puissance de laquelle il se trouvait (I. J. L. IV, t. VII, § 4. — L. 1, pr. et § 1, D. de in rem verso L. XV, t. III. — C. 2. C. de exerc. et inst. act. L. IV, t. XXV); cette action fut étendue à la gestion d'affaires opérée par une personne libre de tout lien de puissance à l'égard de celui dont le patrimoine ou une partie du patrimoine a été géré. La L. 82 suppose qu'un associé a géré les affaires de la Société; par exemple il a emprunté et la Société a profité du prêt. L'associé qui a contracté, a contracté comme gérant d'affaires et non comme mandataire, sinon le tiers aurait contre les associés mandants une action, sans qu'il soit nécessaire que les deniers empruntés soient entrés dans la caisse de la Société. On peut poser cette règle: « Si l'associé ou les associés gérants se sont engagés envers un tiers, les autres sont soumis

(1) V. Arndts. — Pandekten, § 248.

de la part du tiers à l'action de in rem verso, toutes les fois que les gérants ont contre leurs associés l'action contraire de gestion d'affaires » (Arg. L. 3, § 2, D. L. XV, t. III). Ce qui suppose : 1° que l'acte de gestion porte sur un autre patrimoine que celui du gérant; 2° que le gérant a agi sans l'autorisation ni le conseil du maître; 3° que le gérant a agi dans l'intention d'obliger le tiers sur le patrimoine duquel a porté l'acte de gestion; 4° que la gestion a été nécessaire ou utile. Si l'une de ces conditions fait défaut l'action negotiorum gestorum contraria n'existe pas au profit du gérant contre ses coassociés; il doit en être de même de l'action de in rem verso que la L. 82 accorde aux tiers contre les associés. La L. 82 veut tout simplement dire que la gestion entreprise par l'un des associés pour engendrer une action contre les autres associés doit avoir été utile et la « versio in rem » que les termes de cette loi indiquent d'une façon si formelle ne peut être suivie que d'une action de in rem verso (1). L'action de la L. 82 est une sorte d'action utilis de in rem verso analogue à l'action quasi institoria (2).

Si l'associé contractant au lieu de faire un acte de gestion dans l'intérêt de la Société a eu l'intention de faire une affaire personnelle les

(1) Van Wetter. T. III. § 157, II, 2° — Voet. L. XVII, N°s XIII et XIV.

(2) Arndts. Pandekten. § 248. Note 3.

tiers sont dépourvus de recours même si les associés en ont profité, de même que l'associé contractant est sans action pour se faire indemniser par ses coassociés. La L. 82 qu'on opposerait vainement sur ce point ne dit qu'une chose : les tiers n'ont action contre les associés de celui à qui ils ont eu affaire, que si les deniers empruntés ont été versés dans la caisse de la Société. On ne peut, dit-on, en conclure que l'action est ouverte aux tiers chaque fois que les associés ont tiré profit de l'emprunt (1).

D'après certains auteurs, les associés sont tenus de in rem verso, même lorsque leur coassocié a contracté en son nom personnel (2) ou plus généralement, ils sont tenus de in rem verso jusqu'à concurrence de ce dont ils ont profité, toutes les fois qu'ils ont tiré un bénéfice d'un acte passé par l'un de leurs coassociés (2), même lorsque cet acte n'a pas été accompli dans l'intérêt de la Société.

Chaque associé pourra être poursuivi par l'action de in rem verso pour sa part sociale, parce que c'est dans cette mesure que son affaire a été gérée.

En vertu de la règle « per extraneam personam.... » le mandataire qui contractait avec les tiers devenait seul *créancier*, et acquérait seul l'action du contrat qui devait sanctionner

(1) Van Wetter, T. III, § 157, II. 2° — Vangerow, T. III, § 653, II, 2° b.

(2) Maynz, T. II, § 312, p. 258. — Cornil. op. cit. § 141. p. 296.

l'obligation (L. 38, § 17, L. 126, § 2, D. de verb. oblig. L. XLV, t. I). Le mandant avait l'action mandati directa pour se faire rendre compte, c'est-à-dire pour se faire remettre les divers bénéfices que le mandataire avait pu réaliser en cette qualité, et pour obtenir la cession des actions contre les tiers que le mandant avait intérêt à poursuivre (L. 49, § 2, D. de acq. vel omitt. poss. L. XLI, t. II). Mais bientôt on considéra comme sous-entendue une cession d'actions, ad exemplum institoriœ actionis, cession qui était obligatoire pour le mandataire (L. 19, pr. D. de inst. act. L. XIV, t. III. — L. 13, § 25, D. de act. empti. L. XIX t. I.) ; ce qui dispensait le mandant de recourir contre le mandataire par l'actio mandati. Mais le mandataire conservait toujours le droit de poursuivre le tiers tant qu'il n'avait pas été prévenu par le mandant.

Si plusieurs tiers s'étaient obligés en même temps vis-à-vis du mandataire, ils n'étaient pas tenus solidairement à moins de convention spéciale ; la solidarité ne se présume pas.

La créance acquise par le mandataire contre un tiers se divisait entre les associés conformément au principe général, et chacun d'eux pouvait agir pro parte virili.

Quid en cas d'une gestion d'affaires dans l'intérêt de la Société ? Les associés non gérants avaient le droit de poursuivre les tiers par

l'action utile donnée au mandant. Le fait même d'intenter cette action suffisait à prouver la ratification de la gestion et la volonté d'en profiter : or la ratification équivaut au mandat : ratihabitio mandato œquiparatur.

DROIT FRANÇAIS

De la Constitution des Sociétés

PAR ACTIONS A CAPITAL FIXE

INTRODUCTION HISTORIQUE

> Le français n'a pas changé de caractère depuis Jules César. Extrême en tout il passe sans milieu de l'excès de la confiance à l'excès de la défiance. Il n'y a point de pays où l'on puisse hasarder plus aisément des entreprises qui ne roulent que sur l'opinion.
>
> (D'AGUESSEAU *Mémoire sur le commerce des actions).*

Jusqu'au XVII[e] siècle, trois genres d'associations commerciales seulement furent usités ; d'abord la Société en nom collectif à qui la personnalité civile était reconnue et qui avait pour caractère la responsabilité solidaire et indéfinie de tous les associés ; puis la Société en participation que Savary appelait Société anonyme c'est-à-dire Société qui reste inconnue des tiers. Enfin, la Société en commandite souvent confondue avec la précédente et que *Savary* définissait ainsi dans son « *Parfait négociant* » :

« C'est celle qui se fait entre deux personnes dont l'une ne fait que mettre son argent dans la Société *sans faire aucune fonction d'associé,* et l'autre donne quelquefois son argent mais toujours son industrie pour faire sous son nom le commerce des marchandises dont ils sont convenus ensemble » (1). Elle admettait la règle de la responsabilité indéfinie pour le commandité et de la responsabilité limitée pour le commanditaire (2) — (3).

Ces différentes Sociétés n'avaient dans le principe d'autres règles que l'usage et la liberté des conventions.

L'ordonnance de 1673 reconnut officiellement dans son texte la coexistence légale de deux espèces de Sociétés commerciales : la Société en nom collectif et la Société en commandite, distinguant ainsi nettement la dernière de la Société anonyme ou en participation dont elle n'était qu'une forme d'après la pratique du commerce (4).

(1) Savary. Parfait négociant (Partie II, L. I, ch. I).

(2) Toubeau.— Pothier. Contrat de Société § 63. Edition Bugnet.

(3) Le second Savary nous apprend que la commandite était en grande faveur, comme très utile à l'Etat et au public, d'autant que toutes sortes de personnes, même les nobles et gens de robe, peuvent la contracter pour faire valoir leur argent à l'avantage du public, et que ceux qui n'ont pas de fonds pour entreprendre un négoce rencontrent dans celle-ci les moyens de s'établir dans le monde et faire valoir leur industrie (Dictionnaire du Commerce, V° Société —Voir aussi Savary. Parfait Négociant. Partie II, Liv. I, Ch. I, page 356 — Bornier. Sous l'Ordonnance de 1673, p. 57). A ce premier motif de succès, c'est-à-dire l'interdiction faite aux nobles de tout commerce à l'origine, et plus tard, du commerce en détail, sous peine de dérogeance, la même défense faite aux clercs, aux magistrats et aux militaires (Troplong. Contrat de Société, Préface, page 69), venait s'en adjoindre un autre, la prohibition du prêt à intérêt par les lois canoniques, dans le but d'empêcher l'usure.

(4) Troplong. T. I, p. 363, n° 385.

L'ordonnance du commerce de 1673, Tit. IV, art. I^er^, fut le premier acte législatif qui soumit les Sociétés à une condition de constitution : la publicité. Elle portait en effet : « Toute Société générale ou en commandite sera rédigée par écrit ou par devant notaires, ou sous signature privée..... encore qu'il s'agit d'une somme ou valeur moindre de cent livres. » Les art. 2 et 3 prescrivaient l'enregistrement et certaines mesures de publicité pour les Sociétés *entre négociants*, les Sociétés entre négociants et particuliers en étaient exemptées. L'art. 6 décidait que faute d'avoir rempli ces formalités la Société n'aurait pas d'effet *même à l'égard des associés* qui n'auront pas d'action contre les tiers et contre lesquels les tiers ne pourront pas recourir. Comment devaient se partager les bénéfices, comment devaient se supporter les pertes de la Société de fait qui avait existé un certain temps entre les associés, l'ordonnance ne le dit pas. Contre qui les tiers qui avaient contracté avec la Société devaient-ils recourir? allait-on leur refuser toute action ? Les associés pouvaient-ils retirer même leurs mises? L'ordonnance ne dit pas à qui ils devaient s'adresser.

Bornier nous apprend que la disposition de l'article 6 n'était point observée et que les actes de Société ne s'enregistraient point, pas plus qu'ils ne se publiaient (1). Un arrêt du Parle-

(1) Bornier, op. cit. p. 66. — Voir aussi Jousse, sur l'article 2

ment de Paris du 21 juillet 1680, décida que nonobstant le défaut d'enregistrement, les Sociétés dont l'existence était constante devaient recevoir leur exécution. Cette abrogation par l'usage en faisant disparaître un inconvénient, celui qui résultait de la nullité de la Société pour défaut d'enregistrement même à l'égard des associés, en avait rétabli un autre bien plus grand et bien plus préjudiciable au commerce : le défaut de publicité.

Tout acte de Société devait contenir une clause d'arbitrage forcé (art. 9, reproduction de l'édit de Fontainebleau de François II. 1560.)

Au XVII[e] siècle, après la découverte du nouveau monde l'esprit de colonisation et l'amour du lucre provoquant l'union des forces individuelles, une nouvelle combinaison fut employée pour faciliter la formation des Grandes Compagnies commerciales que le pouvoir royal favorisa dès l'origine (1).

Sous ces diverses impulsions se formèrent successivement les Compagnies de l'Acadie (1604) (2), la Compagnie de Madagascar (1615), la

(note 4). « Cette nullité (résultant du défaut de publicité) ne se prononce guère dans les tribunaux, soit au regard des associés entre eux soit au regard de leurs créanciers, contre la disposition de l'article 6 ci-après. »

(1) Ordonnance de 1629, art. 429 : « Exhortons nos sujets qui ont les moyens à l'industrie de se lier ensemble et unir pour faire de bonnes et fortes Compagnies et Sociétés de trafic, navigation et marchandises. (Anc. Lois Franç. XVI, p. 329).

(2) Dictionnaire du Commerce.

Compagnie des îles d'Amérique (1626), la Compagnie de Saint-Christophe (1626), la Compagnie de la Nacelle de Saint-Pierre fleurdelysée (1627), de la Nouvelle-France (1628), de Morbihan, et de 1642 à 1716, les Compagnies d'Orient (1642), de Cayenne (1651), des Indes-Orientales, des Indes-Occidentales (1664), du Bastion de France (1673), du Sénégal (1673), de Saint-Domingue, de Guinée (1685). Toutes ces Compagnies avaient été dotées de privilèges nombreux et étendus, et même de véritables monopoles, mais nous n'avons pas à faire leur histoire. Demandons-nous seulement en quoi leur constitution peut intéresser le jurisconsulte et quelle trace elles ont laissée dans notre droit commercial. Presque toutes les Grandes Sociétés que nous venons d'énumérer présentaient un caractère commun : Le capital social formant le gage des créanciers était fixé à une certaine somme au-delà de laquelle les associés n'étaient plus obligés; c'était une application sous une autre forme du principe de la responsabilité limitée qui était, nous l'avons vu, l'un des caractères distinctifs de la commandite.

Le capital social est divisé en parts presque toujours égales entre elles et cessibles.

Chacun des associés en possède une ou plusieurs, il ne peut se retirer qu'en vendant son action soit à un autre intéressé, soit à une autre personne qui y garde toujours la même part, de telle façon que le fonds social

ne soit pas diminué (1); il n'est tenu que jusqu'à concurrence de sa mise, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la somme représentée par les titres qu'il a en mains, et il peut quand il lui plaît en opérer le transfert au profit d'un tiers sans avoir à prendre conseil des autres associés (2). C'était la Société de capitaux substituée à la Société de personnes : l'intuitus personæ disparaissait et faisait place à l'accumulation des finances, la formation d'un fonds social considérable étant la première condition de la réussite des grandes entreprises. Telle fut l'origine des Sociétés par *actions*.

Ce mot apparaît pour la première fois en France dans les statuts de la Compagnie des Indes-Occidentales (1664) et le premier texte législatif qui le mentionne est un édit du mois de décembre 1674 portant suppression de cette même Compagnie des Indes-Occidentales et confirmation du contrat relatif à la Compagnie du Sénégal (3).

Les Compagnies privilégiées avaient de plus,

(1) Statuts de la Compagnie des Indes Orientales, art. 1er.

(2) Statuts de la Compagnie des Indes Occidentales, art. 7.

(3) Et pour la discussion exacte qu'ils ont faite de ses registres et de ses comptes, ils ont reconnu que les *actions* des particuliers qui s'y étaient intéressés volontairement montaient à la somme de douze cent quatre-vingt-dix-sept mille cent quatre-vingt-cinq livres, au remboursement desquels nous avons fait pourvoir..... En conséquence duquel paiement le capital de leurs *actions* a été entièrement remboursé (Anc. Lois françaises, XIX, p. 152).

fait remarquer M. Lescœur (1), un caractère éminemment politique : ce qui explique l'intervention perpétuelle du pouvoir, soit pour leur formation, par lettres patentes, arrêts du Conseil, édits ou déclarations, soit pour leur administration, soit même pour leur dissolution, quand le but poursuivi par le pouvoir avait été atteint (Ex. Compagnie des Indes-Occidentales). Les intérêts que le roi et les gens de cour y avaient, achevaient de leur donner une sorte de caractère public. Les privilèges que le roi leur concédait n'étaient pas donnés à l'aveugle pour faire l'affaire de quelques particuliers, la pensée était plus haute : on voulait coloniser et enlever le commerce des mains des étrangers. Il ne faut donc pas trop s'étonner que l'ordonnance de 1673 ne les ait pas considérées comme une espèce particulière de Sociétés, que Pothier et beaucoup d'autres commentateurs les aient passées sous silence. Bien que les édits qui les établissaient, eussent employé le terme Société, bien que les mots actionnaires et associés eussent été bien souvent rapprochés ou employés indifféremment ou concurremment dans les actes publics, on considérait les Compagnies d'actionnaires comme des œuvres à part intimement liées à l'intérêt général et à la prospérité de la nation, et l'on acceptait difficilement cette idée que l'initiative individuelle laissée à elle-même

(1) Essai historique et critique sur la législation des Sociétés commerciales en France et à l'Etranger, p. 15, § 21.

pût revêtir cette forme même pour l'accomplissement d'une grande entreprise (1).

La loi générale n'avait pas à s'en occuper puisque, on le pensait du moins ainsi, elles ne devaient exister qu'à l'état d'exceptions. Les conditions de constitution de chacune d'elles, notamment les formalités de publicité étaient déterminées par l'acte du pouvoir royal qui en autorisait l'existence.

Ces grandes Compagnies ressemblaient fort à nos Sociétés anonymes d'aujourd'hui au double point de vue de leur constitution et de leur fonctionnement (2).

Elles n'ont pas de raison sociale, leur capital est divisé en actions; elles ont des directeurs, mandataires des associés et élus par la Compagnie, qui n'ont aucune responsabilité personnelle ni solidaire, les associés ne sont tenus que jusqu'à concurrence de la somme qu'ils ont mise dans la Société (3). Les décisions intéressant la Compagnie se prennent en assemblée générale, à la majorité (4). C'est donc au XVII[e] siècle seulement que l'action industrielle apparaît comme une valeur

(1) « Pourtant, disent MM. Lyon-Caen et Renault, il y eut, en France, même avant la Révolution, quelques Sociétés par actions créées sans intervention du pouvoir royal. Ainsi en 1750 fut créée la Société par actions appelée *Chambre d'Assurances de Paris*, qui ajouta elle-même à son nom la qualification suivante : *établie en corps de compagnie particulière par acte d'association* » (Savary. Dict. univ. t. IV, p. 1210 et suiv.) — Lyon-Caen et Renault. Précis de Droit Commercial. T. I. p. 202. Note 2.

(2) Statuts des Compagnies des Indes orientales et occidentales, des îles d'Amérique, dans Bornier.

(3) Troplong. T. I, p. 427, § 447.

(4) Contrat de rétablissement de la Compagnie des îles d'Amérique.

commerciale, et commence à se généraliser comme instrument de crédit. Il semble bien qu'elle existait avant cette époque, mais elle était soumise à la cession ordinaire comme toutes les créances, au lieu d'être transmissible de la main à la main; ce qu'il importe de remarquer c'est que, à une époque déjà éloignée, l'intuitus personæ avait cessé d'être considéré, dans un certain nombre d'associations, comme un élément essentiel du contrat de Société. M. Troplong rapporte que la jurisprudence de la Rote de Gênes mentionne comme des faits très naturels plusieurs ventes d'actions et d'après lui les *uchaux*, *saches* ou parts cessibles et divisibles à volonté du moulin de Basacle près Toulouse, dont la concession faite par le prieur de la Daurade à une Société dont les membres sont pairiers ou pariers c'est-à-dire participants (1), concession qui

(1) « De tout temps également, dit M. Emile Delecroix, les Sociétés formées pour l'exploitation de mines ont divisé leur capital en actions ou parts d'intérêts, destinées à circuler de mains en mains au gré de leurs possesseurs successifs. L'adoption de cette forme est pour ainsi dire une conséquence presque forcée de l'importance des capitaux que nécessitent ces sortes d'entreprises et de leur durée illimitée ». Emile Delecroix. Sociétés de mines. N° 206.

Les parts dans les Sociétés minières avaient reçu le nom de *parts à fosse* dans le Hainaut, de *parçons de fosse* dans la coutume de Liège, de *tailles* pour quelques charbonnages.

Emile Delecroix. Op. cit. N^{os} 45, 90, 256.

La division du capital social de la Compagnie des Mines d'Anzin en sols et deniers, correspond aussi à une division du capital en actions. On se prévaudrait en vain en sens contraire des art. 11^{e} et 12^{e} des statuts de cette Société, desquels il semblerait résulter que l'intuitus personæ n'est pas resté étranger à sa constitution, et ainsi conçus : « Art. 11^{e}.— En cas de décès de quelqu'un des intéressés, son intérêt appartiendra à ses héritiers, à condition toutefois qu'il n'en paraîtra qu'un, sauf s'ils sont plusieurs de s'arranger entre eux comme ils aviseront bon être. » — Art. 12^{e}. — « Aucun des intéressés ne pourra vendre tout ou partie de son intérêt sans en avertir la Compagnie, qui sera libre de prendre par

remonte au XII[e] siècle, les *rases* du moulin de Montauban et les *meules* du moulin de Moissac n'étaient autre chose que des actions.

Dans la suite se formèrent d'autres Compagnies « comme pour des manufactures..... pour faire la banque..... dans la librairie, pour l'édition des grands ouvrages; dans les armées de terre et de mer, pour la fourniture des vivres » (1) pour les assurances, pour faire venir des blés en France.

Les Compagnies étaient en fait des Sociétés anonymes bien qu'elles n'en eussent pas le nom (2).

La Société par actions était très susceptible de se combiner avec l'ancienne Société en commandite. Le principe de la division du capital ou d'une partie du capital en actions n'est évidemment pas incompatible avec la responsabilité solidaire et indéfinie de l'un ou de plusieurs des associés, c'est ce qui fut fait pour la fameuse banque de Law, à laquelle d'Aguesseau pensait certainement lorsqu'il écrivit cette phrase

préférence ledit intérêt à égalité de prix ; lequel sera réparti sur la totalité au prorata de l'intérêt d'un chacun » (Acte de Société du 19 novembre 1757. Imp. E. Dugour, Anzin). Ces articles désignant la part de chaque associé sous le nom d' « intérêt » mais le nom ne fait rien à la chose. Remarquons en effet que toute action est un intérêt si l'on prend ce mot dans son sens général. Dans l'espèce il est bon de faire ressortir que chacune des parts est stipulée indivisible (art. 11) ; et elle est *en principe* cessible sauf pour la Compagnie le droit de préemption. Les parts de la Compagnie des mines d'Anzin ont dès longtemps reçu le nom d'Actions (Merlin. Quest. de Dr. V° Mine. § I. II. p. 334.

(1) « Parerii qui unius prœdii seu feudi domini simul sunt, idest participes. Parerii, participes » Ducange V° Pares. —

(2) Dictionnaire du Commerce. V° Compagnie.

empruntée par nous à son *Mémoire sur le commerce des actions*, et choisie comme début de cette étude. C'est du moins l'opinion générale (1).

Il y en a d'autres exemples avant le Code de Commerce. Merlin cite une manufacture de glaces exploitée par une Société en commandite par actions (2). Les entreprises maritimes pour les voyages de long cours se faisaient souvent aussi par « associations en commandite divisées par actions (3). »

MM. Lyon-Caen et Renault pensent cependant que la Société en commandite par actions était inconnue dans l'ancien droit et qu'elle est une création du Code de Commerce de 1807.

Vint la période révolutionnaire. *La loi du 2 Mars 1791* (4) en supprimant tous les privilèges et monopoles, et en proclamant la liberté de l'industrie et du commerce, affranchit de

(1) V. Lettres patentes portant privilèges au sieur Law et sa Compagnie, d'établir une banque générale et de stipuler en écus de banque, du poids et titre de ce jour..... Le dit sieur Law nous a supplié de vouloir lui accorder la faculté d'établir une autre banque dont il offre de faire les fonds, *tant de ses deniers que de ceux de sa Compagnie*..... Nous avons cru devoir accorder audit sieur Law, dont l'expérience, les lumières et la capacité nous sont connues, le privilège qu'il nous demande pour *lui* et pour sa *Compagnie*. — (2 Mai 1706, Anciennes Lois Franç., T. XXI, p. 101)..... Art. 1er. Le dit sieur Law et sa Compagnie..... (Lescœur. Op. cit., p. 11.— Troplong. I, p. 372, § 396).

(2) Merlin. Quest. de Droit, V° Action, page 103).

(3) Troplong. I, Préface, p. XCII.
Voir sur toute cette partie : Troplong, Soc. I, préface et § 378. — Lescœur : Essai sur la législation des Soc. Commerc., p. 7 et suivantes. — Vauthier. Etudes sur les personnes morales, p. 222 et suivantes. — Viollet. Précis d'histoire du droit français. — Dalloz. V° Société Rép. Alph. — Molinier, Droit Commercial, I, p. 423 et suivantes.

(4) Collection Duvergier. T. II, p. 281.

toute dépendance vis-à-vis de l'Etat, les Sociétés par actions. La Convention commença par détruire sans songer à améliorer. Il paraît que sous le régime de liberté créé par la loi de 1791, de nombreuses Compagnies qui s'étaient constituées se livrèrent à l'agiotage et que leurs titres aidèrent beaucoup au discrédit dont furent atteints les assignats auxquels ils étaient préférés comme offrant des garanties plus sérieuses (1). On crut relever le crédit public en leur portant un coup direct et un *décret du 24 Août 1793* (2) supprima les associations connues sous les noms de Caisse d'Escompte, de Compagnies d'assurance à vie, et généralement toutes celles dont le fonds capital repose sur des actions au porteur, ou sur des effets négociables, ou sur des inscriptions sur un livre, transmissibles à volonté, et décida qu'à l'avenir, de pareilles associations ne pourraint être établies, formées ou conservées sans une autorisation des corps législatifs (3).

Les anciennes Compagnies par actions étaient donc supprimées, mais il pouvait s'en former de nouvelles avec l'agrément du pouvoir législatif. Un *décret du 17 vendémiaire an II* (8 octobre 1793) vint ensuite déclarer dans son

(1) V. Molinier. Cours de droit commercial, p. 348-349.

(2) Coll. Duvergier. T. 6, p. 162.

(3) Cambon. Séance du 24 Août 1793 : « Il existe en ce moment un combat à mort entre tous les marchands d'argent et l'affermissement de la République. Il faut donc tuer ces associations destructives du crédit public. » (Moniteur du 26 Août 1793, p. 1012).

article 1er : « Les Compagnies financières sont et demeurent supprimées ; il est défendu à tous banquiers, négociants et autres personnes quelconques de former aucun établissement de ce genre, sous aucun prétexte, et sous quelque dénomination que ce soit. Toutefois un *décret des 1-4 pluviôse an II* (20-23 janvier 1794) (1) motivé par les réclamations qu'avait suscitées la généralité des termes du décret du 17 vendémiaire, vint excepter de la mesure de suppression ou de prohibition, un certain nombre de Sociétés : les Sociétés particulières établies pour la construction de canaux, exploitation de mines, desséchements de marais et autres établissements d'utilité publique ne sont point comprises au nombre des Sociétés financières supprimées. Un autre *décret des 26-29 germinal an II* (15-18 avril 1794) (2) prononça également la suppression des Sociétés par actions déclarant faux et supposé le décret du 17 vendémiaire ; ce dernier décret avait supprimé expressément la Compagnie des Indes : la liquidation de cette Société avait été ordonnée par des dispositions qui furent falsifiées par quelques députés peu scrupuleux et qui furent rectifiées par le décret du 26 germinal.

Mentionnons encore deux *décrets des 29 fructidor, an II* (15 septembre 1714) (3) et *29 ventôse*,

(1) Coll. Duvergier. T. 7, p. 1.
(2) Collect. Duvergier. T. 7, p. 170.
(3) Collect. Duvergier. T. 7, p. 341.

an III (19 mars 1795) (1) relatifs à la liquidation des compagnies financières connues sous le nom de Caisse d'escompte, d'assurances sur la vie, et d'assurances contre les incendies, et de la ci-devant Compagnie des assurances sur la vie, supprimées par les précédents décrets. Le remède était trop violent pour ne pas produire des effets aussi funestes que le mal lui-même : d'un excès on était tombé dans un autre. Il fallait nécessairement qu'on en revînt à des idées plus saines. Une *loi du 30 brumaire, an IV* (21 nov. 1791) (2) ne tarda pas à rétablir l'ancien état de choses. L'article unique de cette loi déclare purement et simplement : « La loi du 26 germinal de l'an II, concernant les compagnies et associations commerciales, est abrogée. » C'était le retour à la liberté sans limites pour les Sociétés par actions, même anonymes, tant au point de vue de leur organisation que de leur fonctionnement (3).

Le code de commerce mentionne la Société en commandite dans son article 20 et il nous dit dans son article 23 que la Société en commandite se contracte entre un ou plusieurs associés responsables et solidaires et un ou plusieurs associés simples bailleurs de fonds que l'on nomme commanditaires ou associés en commandite. Tel est le premier caractère de

(1) Collect. Duvergier. T. 8, p. 59.
(2) Collection Duvergier. T. 9, p. 10.
(3) Voir Dalloz. V° Société.

la commandite : union de l'élément personnel et de l'élément réel, réunion dans la même Société, d'associés personnellement et indéfiniment responsables des dettes sociales (commandités) et d'associés tenus simplement jusqu'à concurrence de leur apport (commanditaires) (1). Le second caractère de la commandite est d'être régie sous un nom social qui doit être nécessairement celui d'un ou plusieurs des associés responsables et solidaires (art. 23 et 25), le nom d'un commanditaire simple bailleur de fonds ne peut entrer dans la raison sociale ou comme on dit en style commercial, le commanditaire ne peut faire chanter son nom dans la raison sociale (2). Les commandités seuls peuvent être gérants de la Société en commandite ; tout acte de gestion est formellement interdit au commanditaire, il ne peut même participer indirectement à la conduite des opérations sociales en qualité d'employé (art. 27). La sanction de cette prohibition est des plus sèvères : si le commanditaire contrevient à la disposition de l'art. 27, l'art. 28 le déclare obligé solidairement avec les associés en nom collectif, c'est-à-dire avec les commandités et dans la même mesure, de toutes les dettes sociales, et cette règle rigoureuse s'applique sans qu'il y ait de distinction à faire entre la

(1) Art. 26 : L'associé commanditaire n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la Société. Exception à la règle de l'article 2092 « Qui s'oblige, oblige le sien. » Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers.

(2) Emile Ollivier. Discuss. de la L. du 6 mai 1863.

commandite simple ou par intérêts et la commandite par actions. Ces deux espèces de Sociétés en commandite sont du reste soumises aux mêmes principes généraux; il n'y a de différence entre elles qu'au point de vue de la nature du capital qui est ou non divisé en actions. L'article 38 du Code de Commerce porte en effet « Le capital des Sociétés en commandite pourra être divisé en actions, sans aucune dérogation aux règles établies pour ce genre de Sociétés. » Avec les articles 43 et 44 (1) qui faisaient allusion à l'existence de la commandite par actions, à propos des mesures de publicité exigées pour les Sociétés commerciales, c'était la seule disposition qui leur fût consacrée dans le code.

Le Code de Commerce différait donc de l'ordonnance de 1673 sous deux rapports principaux : 1° La publicité est exigée pour toutes les espèces de Sociétés : elle porte à la fois sur le nom des associés et sur le chiffre des capitaux qui formeront le fonds social ; 2° tout acte d'immixtion est interdit au commanditaire. Il différait de la pratique commerciale antérieure en ce que la Société en commandite est régie sous un nom social dans lequel le nom d'un commanditaire ne peut entrer.

(1) Art. 43 : L'extrait (de l'acte de Société) doit contenir..... ..... le montant des valeurs fournies ou à fournir par actions ou en commandite. — Art. 44 : L'extrait des actes de Société est signé..... pour les actes sous seing privé..... par les associés solidaires ou gérants, si la Société est en commandite, soit qu'elle se divise ou ne se divise pas en actions.

L'article 29 du Code du Commerce nous dit que la Société anonyme n'existe point sous un nom social et qu'elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés, elle est qualifiée par l'objet de son entreprise (art. 30). Ses associés ne sont responsables que de la perte du montant de leur intérêt dans la Société (art. 33). La Société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du Gouvernement et avec son approbation pour l'acte qui la constitue ; cette approbation est donnée par le Conseil d'Etat dans la forme des règlements d'administration publique (art. 37). Une fois constituée elle reste soumise au contrôle permanent du Gouvernement et elle peut se trouver dissoute par suite du retrait possible de l'autorisation qui lui avait été accordée. Le capital de la Société anonyme se divise en actions et même en coupons d'actions d'une égale valeur (art. 34). Les actions en principe sont nominatives, la propriété en est établie par une inscription sur les registres de la Société : la cession dans ce cas s'opère par une déclaration de transfert inscrite sur les registres et signée de celui qui fait le transfert (art. 36). Toutefois les actions peuvent être au porteur et être transmises par la simple tradition du titre.

La Société anonyme est dirigée par des administrateurs, mandataires à temps, révocables, *associés ou non associés*, responsables seulement de l'exécution de leur mandat, ne contractant

à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire, relativement aux engagements de la Société (art. 32). Les Sociétés en commandite par actions étaient donc libres c'est-à-dire non soumises à l'autorisation du Gouvernement à l'encontre des Sociétés anonymes; l'art. 1134, qui proclame la liberté des conventions, restait la règle pour cette espèce de Sociétés. Il se rencontrait donc une sorte de contradition dans notre législation, au moins un manque d'unité et de logique qui créait pour les deux genres de Sociétés par actions, qui ont tant d'affinités entre elles, deux régimes différents : la liberté d'une part, d'autre part l'autorisation préalable et susceptible de retrait.

Quoiqu'il en soit, les Sociétés en commandite par actions restaient soumises aux règles générales de la commandite, notamment aux articles 27 et 28 qui défendent aux commanditaires de s'immiscer dans la gestion sous peine d'être déclarés personnellement et solidairement responsables, sauf la difficulté de découvrir les manquements à cette prohibition quand les actions étaient au porteur et les commanditaires inconnus.

Les rédacteurs du code s'étaient montrés moins exigeants pour la Société en commandite par actions que pour la Société anonyme, parce que dans la commandite le gérant reste responsable vis-à-vis des tiers, solidairement et sur tous ses biens des engagements de la

Société : mais cette garantie n'a de valeur qu'autant que les opérations sociales ne dépassent pas en chiffre la fortune personnelle du gérant, ce qui sera bien rare, si l'on se trouve en présence d'une Société de quelque importance et qui est susceptible de prendre des développements assez considérables. Dans ce dernier cas la responsabilité du commandité est à peu près illusoire (1). Donc, sous le Code de commerce, la commandite par actions présente deux avantages principaux : les parts des commanditaires sont cessibles et elle ne se dissout pas par la mort de l'un des commanditaires; elle n'est pas soumise à autorisation. Rien d'étonnant dès lors que l'on se soit porté vers la forme en commandite, et écarté de la forme anonyme. Il y avait, du reste, un moyen simple et facile d'éviter les inconvénients de la forme anonyme et d'en avoir les avantages. On adoptait la forme de la Société en commandite par actions : le gérant n'était qu'un homme de paille, quelquefois honnête, très souvent insolvable, qui prêtait son nom pour la formation de la raison sociale exigée par la loi; on en faisait un simple préposé révocable ad nutum, obligé par le fait même d'obéir aux commanditaires et de leur laisser la

(1) Pour rendre la responsabilité des gérants plus effective la loi allemande décide qu'ils doivent lors de la fondation de la Société contribuer à la formation de son capital pour une part au moins égale au dixième du capital des commanditaires. Si ce capital dépasse trois millions de marks la participation des associés engagés personnellement doit s'élever à un cinquième au moins de l'excédant (art. 147 a.).

direction effective des affaires. Mais, dira-t-on, la prohibition de s'immiscer dans la gestion ? Le législateur de 1807 avait pensé, il est vrai, prévenir cette espèce de fraude en établissant cette prohibition dans les art. 27 et 28 (1). L'article 27 devenait presque lettre morte si la forme adoptée par les actions était la forme au porteur : les commanditaires étaient inconnus, complètement insaisissables, aussi irresponsables que les administrateurs d'une Société anonyme; ils étaient tenus cependant jusqu'à concurrence de leurs actions. Quant à la responsabilité personnelle du gérant, il n'y fallait point compter : ou bien elle était vaine parce que le gérant était insolvable, ou bien elle était insuffisante. De quel poids peut être la fortune d'un seul individu comparée au capital engagé dans une entreprise de quelque importance. Tous les gérants ne sont pas millionnaires tant s'en faut ! Au fond il n'y avait là qu'une Société anonyme cachée sous le masque de la forme en commandite par actions, ayant une existence légale grâce à un subterfuge ingénieux de ses fondateurs qui avaient su la dispenser habilement de l'autorisation gouvernementale (2).

(1) Regnaud de Saint-Jean-d'Angély. Locré, t. 18, p. 350-351.

(2) Cambacérès avait prévu cette fraude, dans la discussion au Conseil d'Etat sur la disposition qui est devenue l'art. 38 du Code de Commerce : « S. A. S. le prince archi-chancelier de l'Empire craint que cet article tel qu'il est rédigé, n'offre les moyens d'échapper aux dispositions de l'art. 35 du projet (37 du Code). On formera une Société prétendue en commandite ; une seule personne paraîtra. Cependant on divisera l'intérêt en plusieurs actions qu'on distribuera entre les personnes qui se

On avait bien soulevé vers 1830 la question de savoir si la forme au porteur était possible dans la commandite par actions (1).

La Cour de Paris se prononça dans le sens de l'affirmative par un arrêt du 7 février 1832 (2) et M. Troplong en tirait cette conséquence : On peut dire que la mention des titres au porteur est un indice de la pensée qui a présidé à la création de la Société, qu'on a voulu que les associés pussent se succéder les uns aux autres par autant de novations qu'il y a de cessions de titres.

Quant à la position subordonnée du gérant

présenteront et auxquelles on donnera facilement le nom de commanditaires. Ainsi la Société sera vraiment anonyme et cependant elle pourra exister sans l'autorisation du gouvernement (Séance du 15 janv. 1807.—Procès-verbaux du Cons. d'Etat, t. 1, p. 172).

(1) On disait pour la négative que la forme au porteur était contre la nature de la Société en commandite qui n'était pas une association purement de capitaux, qu'elle ferait disparaître l'intuitus personœ qui était resté l'un des éléments de la commandite — que l'art. 25 serait lettre morte puisque les commanditaires restant inconnus, les tiers seraient dans l'impossibilité d'exercer contre eux aucune action pour obtenir les fonds qui auraient dû être mis dans la Société faute de savoir à qui s'adresser — que la prohibition faite par l'art. 28 aux commanditaires de s'immiscer dans la gestion deviendrait sans application pour le même motif. On répondait : la Société en commandite n'est qu'une association de capitaux ; le commanditaire est libre, dégagé à l'égard de la Société dès qu'il a effectué sa mise. Si le porteur se dérobe, les tiers peuvent toujours se rejeter sur le souscripteur qui est connu et lié par sa signature apposée sur le bulletin de souscription. L'infraction à l'art. 28 sera réprimée chaque fois qu'on en connaîtra les auteurs. De ce qu'une faculté peut dégénérer en un abus punissable, il ne s'ensuit pas qu'elle n'existe pas. L'art. 38 dit que la Société en commandite pourra aussi être divisée en actions : c'est-à-dire de *la même façon, comme* il est dit dans les art. précédents et ces articles permettent la division du capital en actions au porteur. Le Code n'a fait qu'imiter l'ancien droit dans lequel la forme au porteur était usitée pour les commandites par actions.

(2) Paris 7 février 1832, S. 1832. 2. 258.

d'après la Jurisprudence, elle n'était nullement contraire à l'esprit du Code de Commerce qui autorisait le commanditaire à donner des avis au gérant et à surveiller ses actes (1).

La Jurisprudence admit même que la réserve stipulée par les actionnaires d'une commandite du droit de destituer et de remplacer le gérant était licite et ne portait aucune atteinte aux principes de la commandite : que la clause d'après laquelle le gérant statutaire ne peut être révoqué sans cause légitime, n'étant pas d'ordre public, il pouvait y être dérogé par les conventions particulières. A tous égards, conclut M. Lescœur (p. 42), la Société était réellement anonyme. Elle l'était extérieurement, puisque..... la responsabilité personnelle qu'elle offrait aux tiers était illusoire ; elle l'était intérieurement puisque l'administration s'y trouvait en fait confiée à l'élément réel irresponsable. »

Abstraction faite de toute fraude et de tout calcul déshonnête de la part de ceux qui l'appliquaient, ce système produisait des résultats dangereux et absolument contraires au vœu du législateur, c'est-à-dire la facilité de tourner une loi existante, les prétentions exorbitantes du gérant qui portait seul toutes les responsabilités et exigeait en retour un salaire aussi élevé que possible. Dans bien des cas, les associés ayant cherché à avoir un simple comparse qui voulût

(1) Lescœur, p. 38-39-40.

bien endosser la responsabilité de leurs actes, étaient trompés à leur tour. Le gérant peu scrupuleux abusait pour son plus grand profit de la confiance qu'on lui avait témoignée en lui remettant les clefs de la caisse, en le chargeant de l'émission des titres, en lui donnant la signature des effets de commerce, etc.

Mais le vice capital de ce système était de favoriser la fraude et la mauvaise foi; il encourageait les spéculateurs à se mettre à la tête d'entreprises peu sérieuses bien souvent chimériques pour attirer à eux tous les petits capitaux disponibles, et les rafler sans merci. Les abus se commettaient le plus souvent par l'un des moyens suivants. On annonçait à grands renforts de prospectus et de réclames dans les journaux financiers ou autres la fondation d'une grande Société en commandite par actions; pour faire croire au caractère sérieux de l'entreprise les opérations sociales étaient commencées avant la souscription intégrale du capital social ou avant le versement d'une partie suffisamment importante de ce capital. La faillite arrivait inévitablement si les actions non placées ne trouvaient pas de souscripteurs.

Les fondateurs s'attribuaient des avantages particuliers en disproportion avec leurs apports : il n'y avait aucun moyen de les en empêcher puisqu'ils avaient seuls la rédaction des statuts. Très souvent les fondateurs donnaient aux actions la forme au porteur dès le début de la Société, ils res-

taient ainsi inconnus du public et échappaient à la responsabilité pécuniaire ou morale qu'ils auraient pu encourir autrement. Presque toujours l'exiguité des coupures (1), et la forme même des titres qui les rendaient facilement cessibles (2) devaient être leurs meilleurs auxiliaires. A l'aide des réclames et des négociations fictives que des compères complaisants faisaient à la Bourse on produisait la hausse, les naïfs accouraient, les fondateurs qui avaient en mains un grand nombre d'actions vendaient et les acheteurs se trouvaient heureux possesseurs de titres aux couleurs chatoyantes mais dont la valeur réelle égalait celle d'une image d'Epinal. C'était encore une faillite qui s'ensuivait.

Le gérant avait été dans ce cas dupe ou complice; dupe, s'il avait cru aux belles promesses des fondateurs, il était ruiné; complice, si insolvable, n'ayant plus rien à perdre, il avait consenti à participer à ce honteux trafic moyennant de gros émoluments.

Mais le gérant ne jouait pas toujours un rôle passif (3) : il savait parfois duper tous ses comman-

(1) Il y en avait de cinq francs, même de un franc. Rapport fait au nom de la Commission par M. J. Langlais (1856) « Les vraies Sociétés ne comportent pas de pareils titres ; ce ne sont plus des actions, ce sont des billets de loterie. » Collect. Duvergier t. 56, p. 322, col. I.

(2) « La division du capital social en actions au porteur a beaucoup contribué à rendre les Sociétés en commandite populaires. Des titres qui peuvent être négociés sans frais, sans lenteurs, sans formalités, sans responsabilité, ont un attrait tout particulier, et par cela même un surcroît réel de valeur. » Duvergier. Collect. des Lois. Exposé des motifs de la Loi du 17 Juillet 1856 — T. 56, p. 315.

(3) Rapport Langlais sur la Loi du 17 Juillet 1856. — Duvergier, Coll. des Lois. T. 56, p. 321. — Col. 2.

dataires. Il se présentait à eux comme ayant une industrie importante dont l'exploitation devait rapporter d'énormes bénéfices : il se faisait allouer en échange un certain nombre d'actions industrielles et exigeait en outre un fort traitement. Il avait eu soin avant de se faire commanditer, de rédiger lui-même les statuts qu'il imposait aux commanditaires, et d'éviter soigneusement la surveillance et le contrôle des actionnaires qui se trouvaient toujours sous la menace des art. 27 et 28 du Code de Commerce et n'auraient jamais pu soutenir que timidement leurs prétentions. La gestion de l'entreprise ne faisait pas le principal objet de ses préoccupations, son objectif était de réaliser une fortune par l'agiotage. Par des manœuvres habiles il amenait des alternatives de hausse et de baisse qui lui permettaient de vendre à un prix élevé, de racheter à un prix faible et de faire durer le manège le plus longtemps possible. Puis tout à coup l'entreprise périclitait, la liquidation commençait : il se trouvait complètement dégagé vis-à-vis des tiers, si lors du dépôt du bilan le passif était exactement égal à l'actif. Si le passif était considérable, il dérobait ordinairement sa personne aux recherches des créanciers et des actionnaires que leur négligence ou leurs convoitises rendaient très peu intéressants, il faut le reconnaître, et il allait jouir paisiblement à l'étranger des biens qu'il devait à sa fourberie et à sa déloyauté.

Sous la pression de l'opinion publique révoltée de ces scandales, le Gouvernement crut devoir intervenir et il déposa à la Chambre des députés en Février 1838, un projet de loi dont l'art 1er, décidait que le capital des Sociétés en commandite ne pourrait pas être divisé en actions. C'était un moyen radical de supprimer les abus, mais le remède était trop violent. Il portait un coup dangereux à l'esprit d'association et à l'initiative individuelle; c'était en même temps une grave dérogation à l'article 1134 du Code Civil.

Une réglementation minutieuse des conditions auxquelles serait soumise la Société en commandite par actions devait suffire à arrêter les progrès du mal. La Commission de la Chambre des députés proposa de fixer le taux d'émission des actions, d'interdire d'une façon absolue la forme au porteur et de maintenir la prohibition de l'art. 27 comme essentielle à la commandite. Elle exigeait que le gérant fût propriétaire du dixième du capital social (1) et l'institution d'un Conseil de surveillance ayant des attributions déterminées restreintes au contrôle de la gestion. Le souscripteur primitif restait tenu du montant de l'action jusqu'au versement intégral et la Société ne pouvait se former que par acte notarié. Lorsque les actions étaient inférieures à 5,000 fr., les actionnaires étaient appelés à délibérer sur

(1) Conf. Loi allemande. Art. 147 a. V. S.

les statuts sociaux ; pour la validité de cette délibération le procès-verbal devait être signé par un nombre d'actionnaires égal au vingtième des actions commanditaires ayant versé au moins un cinquième sur le montant de leurs titres : il fallait l'adhésion de la majorité des souscripteurs ayant pris part à la délibération et réunissant plus de la moitié du capital commanditaire pour que le contrat de Société eût une existence définitive. L'appréciation des apports soumis à l'Assemblée générale devenait ainsi plus difficile (1). Cette proposition établissait en outre un certain nombre de pénalités et organisait la procédure à suivre en cas de procès entre les actionnaires et le gérant.

Après cette année 1838, la fièvre de l'agiotage s'était apaisée (2). Le projet n'avait pu être voté avant la fin de la session ; les travaux d'une Commission extra-parlementaire nommée vers la fin de 1839 pour le même objet n'ayant pas abouti, il fut s'ensevelir dans les cartons de la Chambre pour y reposer, pendant plus de quinze ans du plus profond sommeil.

Lors du mouvement commercial qui suivit le coup d'Etat de 1851, les règles gênantes qui régissaient la Société anonyme, les entraves qui étaient mises à sa formation, poussèrent de

(1) Le projet de loi interdisait de donner des actions de la Société en représentation des apports.—Rapport de M. J. Langlais fait au nom de la Commission. Loi de 1856. Duvergier, p. 324, col. 1.

(2) Troplong. Sociétés, N^os^ 149-172.

nouveau les capitalistes vers la commandite par actions soumise à des principes plus libéraux. La spéculation, encouragée par le succès, engendra la fraude et les abus qui s'étaient produits antérieurement à 1838 se reproduisirent vers 1852. Les mêmes procédés furent remis en action pour attirer les gens crédules mais celui qui fut le plus mis en usage consistait à faire figurer parmi les membres des conseils de surveillance d'illustres personnages, et à promettre aux actionnaires 50 °/₀ ou 100 °/₀ de dividende (1). Ceux-ci recevaient en échange des actions dont ils se débarrassaient au plus vite, et des jetons de présence pour une surveillance qu'ils n'exerçaient pas (2).

(1) « Malheureusement, les actionnaires se sont laissé séduire par les plus folles espérances et sont tombés dans les plus extravagantes exagérations. La mauvaise foi a compris tout ce qu'elle pouvait tirer de cette disposition des esprits ; elle a, par les assertions mensongères des prospectus, fait croire à des bénéfices impossibles ; elle a paru donner des garanties de crédit et de moralité en se plaçant sous le patronage nominal de personnes honorables ; elle a, en exagérant la valeur de l'apport social, absorbé en grande partie, dans l'intérêt des fondateurs, les capitaux fournis par les commanditaires ; elle a trouvé dans le mécanisme même de la commandite, dans la forme des actions, des moyens de réaliser des avantages illicites, entièrement indépendants des opérations sociales. »

Duvergier. Collection des Lois. Exposé des motifs de la loi du 17 juillet 1856. T. 56, page 315, 1re colonne.

(2) Les membres des conseils de surveillance n'étaient pas nécessairement actionnaires. Exposé des motifs. Duvergier. P. 316, col. 2.

« Le conseil de surveillance n'est, en effet, trop souvent qu'une décoration pour la Société, une invitation à souscrire, un appel à la confiance. Le gérant a grand soin d'en choisir les membres, dans le contrat même de la Société. L'entreprise se fonde et l'actionnaire crédule, que certains noms avaient séduit, voit plus tard dans ces mandataires imposés, rarement des hommes pénétrés du sentiment de leur mission, quelquefois des complaisants, le plus souvent des surveillants sans vigilance, ou ne se permettant qu'avec crainte le plus légitime contrôle. Toute car-

Le gouvernement reprit le projet qui avait été préparé en 1838. Le Conseil d'État le fit sien par quelques modifications et le projet fut présenté au Corps législatif en mai 1856.

L'exposé des motifs nous indique à quels procédés on recourait ordinairement pour attirer l'argent dans les Sociétés en commandite. « L'exagération de la valeur des apports en nature, la distribution des actions d'après cette appréciation ; la forme au porteur qui donne une si dangereuse facilité pour se défaire d'actions mal acquises, et sans qu'on puisse suivre leurs traces dans les mains qui se les transmettent ; la valeur nominale rendue à peu près illusoire par la faculté de faire des versements minimes au moment de l'émission; la composition des conseils de surveillance dans lesquels on entre soit par faiblesse, soit par calcul, souvent avec de mauvais desseins, presque toujours dans la pensée qu'aucune responsabilité n'est attachée aux fonctions qu'on accepte ; enfin les distributions de dividendes fictifs pris sur le capital social, tantôt à l'insu des conseils de surveillance, tantôt de connivence avec eux : telles sont les manœuvres le plus fréquemment employées pour tromper le public. C'est là ce qu'il faut défendre, empêcher ou punir ». « En outre, ajoute le même exposé,

rière reste ainsi ouverte aux erreurs, aux fautes des gérants, et ce qui devrait être une garantie et de la bonne gestion et de la conservation des capitaux de la Société, tend de jour en jour à devenir une institution vaine » (Rapport de M. J. Langlais, au nom de la Commission. — Duvergier. Collection des Lois, p. 326, coll. I).

depuis quelque temps on a pu remarquer que dans beaucoup de statuts, le capital social est divisé en fractions d'une très faible valeur ». Et si nous recherchons dans quel esprit la loi du 17 juillet 1856 a été préparée, l'exposé des motifs nous l'indique encore. « On aurait pu proscrire les Sociétés en commandite par actions ou les soumettre à l'autorisation du gouvernement. Mais supprimer l'usage pour empêcher l'abus est un procédé violent ; c'est une extrémité à laquelle il ne faut avoir recours que lorsqu'il est impossible d'employer des moyens plus modérés. La Société en commandite par actions est entrée profondément dans les habitudes du monde industriel ; on ne doit pas méconnaître qu'elle lui a rendu de véritables services en donnant le moyen d'exécuter ce qui sans elle aurait été impossible. » Il est donc utile de la maintenir : le seul but à atteindre est d'empêcher à l'avenir la fraude et la mauvaise foi.

La conclusion immédiate à tirer de ces citations c'est que la loi de 1856 n'a pas touché aux principes fondamentaux de la matière. « C'est une loi de circonstance et d'expédient (1). » On veut en l'édictant prévenir ou réprimer les abus sans restreindre la liberté de l'industrie par le contrôle de l'autorité.

Mais la sévérité de ses dispositions contrastait singulièrement avec le but poursuivi.

(1) Lescœur. Op. cit., p. 69.

Si la liberté n'était pas étouffée par la sollicitude exagérée du législateur pour les petites bourses, elle était gênée, entravée par les mesures préventives et toutes de rigueur que contenait la nouvelle loi.

La loi du 17 juillet 1856, soumet les Sociétés en commandite par actions à quatre conditions au point de vue de leur constitution.

1° Les Sociétés en commandite par actions ne peuvent être définitivement constituées qu'après la *souscription* et non le versement de la totalité du capital social, de cette façon la Société ne pourra légalement commencer ses opérations que le jour où la somme nécessaire à son fonctionnement dans l'avenir lui sera assurée.

2° La loi exige le versement par chaque actionnaire *du quart* au moins du montant des actions par lui souscrites (art. 1er, al. 2). Il s'agit du versement du quart sur le montant de chaque action et non pas seulement du quart du capital social. « Le remède radical, dit le rapport de la Commission (1), ce serait le versement de tout le capital, avant la constitution définitive de la Société; mais si l'on exigeait cette condition la constitution de la Société deviendrait presque toujours impossible. »

Ce serait aussi frapper d'indisponibilité des sommes importantes tout à fait inutiles au fonc-

(1) Duvergier. Coll. T. 56, p. 322, col. in fine.

tionnement actuel de la Société, et dont la circulation profiterait au commerce général (1).

Cette deuxième condition a été inspirée par les deux considérations suivantes. On a voulu d'abord écarter les spéculateurs qui ne prenaient des actions que pour les revendre aussitôt, et qui étaient d'autant plus nombreux que la mise de fonds était moins considérable. La fraude du gérant, consistant à inscrire sur les listes comme souscripteurs des gens insolvables, pour attirer les souscripteurs sérieux, devenait aussi plus difficile.

3° La souscription et les versements sont constatés par une déclaration du gérant dans un acte notarié. A cette déclaration sont annexés la liste des souscripteurs, l'état des versements faits par eux, et l'acte de Société (art. 1, al. 3 et 4). Cette constatation et cette déclaration du gérant dans un acte notarié sont pour les tiers une garantie que les formalités requises par la loi ont été observées : la présence de l'officier public qui donne à l'acte la date certaine et le caractère authentique fait présumer que les déclarations du gérant sont sincères ; en cas de fausses déclarations le gérant serait passible de peines correctionnelles. Le dépôt de l'acte de Société chez un notaire, permettra aux cessionnaires de se renseigner sur leurs droits et sur leurs obligations.

(1) Rapport Langlais. — Duvergier. Coll. des Lois. T. 56, p. 322, coll. in fine.

4° Lorsqu'un associé fait, dans une Société en commandite par actions, un apport qui ne consiste pas en numéraire ou stipule à son profit des avantages particuliers, l'assemblée générale se réunit et fait vérifier et apprécier la valeur des apports effectués par le gérant et les fondateurs et le bien fondé des avantages particuliers.

Une seconde assemblée générale doit avoir lieu pour délibérer une seconde fois et statuer sur les prétentions du gérant et des fondateurs : tant qu'elle n'a pas donné son approbation la Société n'est pas définitivement constituée (1).

Avant 1856, les actionnaires en souscrivant étaient censés approuver les statuts rédigés par le gérant et les fondateurs. Lorsqu'ils y avaient exagéré la valeur de leurs apports ou s'étaient réservé des avantages particuliers excessifs, si les manœuvres frauduleuses ne pouvaient être

(1) Le projet du gouvernement établissait la règle suivante : « Lorsque un associé a fait dans une Société en commandite par actions un apport dont la valeur réelle est inférieure de plus de moitié à la valeur pour laquelle il a été mis dans la Société, tout intéressé peut demander contre celui qui a fait l'apport la réparation du dommage à lui causé par l'exagération de cet apport, sans préjudice de toute autre action pour fait de dol. Le gérant qui a accepté l'apport peut être déclaré solidairement responsable du montant des condamnations prononcées. La demande n'est plus recevable après l'expiration de deux années à compter de la publication de la Société.» Ce système devait être repoussé : il ne parle pas des avantages particuliers qui peuvent être stipulés par le gérant ou les fondateurs. D'autre part, la lésion n'est pas dans notre droit, en principe du moins, une cause de rescision des conventions (art. 1305-887-1674). La lésion suppose le défaut de liberté chez l'une des parties contractantes. Si elle avait été prise en considération il aurait dû y avoir lieu non pas à indemnité, à réparation, mais à rescision, puisqu'il s'agissait d'un vice du consentement, le défaut de liberté.

prouvées, l'actionnaire qui avait donné trop légèrement sa signature bien qu'il fût lésé, devait subir, sans mot dire, un préjudice quelquefois considérable. La loi en l'obligeant à réfléchir, prévenait le retour de semblables situations.

Ces quatre conditions remplies, la Société existait, mais elle n'était pas encore apte à fonctionner. La loi de 1856 rendait obligatoire l'institution d'un Conseil de surveillance, qui devait être nommé, immédiatement après la constitution définitive de la Société et avant toute opération sociale, par l'assemblée générale des actionnaires et non plus par les fondateurs. Il était composé de cinq actionnaires au moins. Ce Conseil avait des attributions qui le rendaient fort dissemblable des Conseils de surveillance qu'il était d'usage de nommer avant la loi de 1856, et qui devaient rendre son intervention efficace au point de vue de la garantie des droits des actionnaires.

Telles sont les dispositions de la loi de 1856 qui visent la constitution de la Société en commandite par actions.

La Société est constituée c'est seulement alors nous dit l'art. 11 que peut avoir lieu l'émission des actions. La loi permet, en effet, aux Sociétés en commandite de diviser leur capital en actions ou coupons d'actions (1).

(1) Le projet du gouvernement de 1838 interdisait la division du capital social en actions.

Mais ces actions ou coupons d'actions ne peuvent être de moins de 100 fr. lorsque le capital n'excède pas 200,000 fr. et de moins de 500 fr. lorsqu'il est supérieur (art 1er). C'était exiger beaucoup; mais au moment de la confection de la loi on était sous l'empire de cette idée que le moyen d'avoir des Sociétés sérieuses, c'est de n'y appeler que des associés suffisamment intéressés (1).

Les actions des Sociétés en commandite sont nominatives jusqu'à leur entière libération (art. 2). La forme au porteur a des avantages certains : d'abord les personnes qui possèdent des actions au porteur restent absolument inconnues; la transmission de ces actions est rapide, sans frais et secrète; mais ces avantages mêmes dégénèrent souvent en inconvénients. Les actions au porteur sont surtout recherchées par ceux qui ont intérêt à rester inconnus du public, lorsque le public aurait quelque raison de se montrer défiant à leur égard, s'ils ne restaient pas invisibles, ou bien par les agioteurs qui ne peuvent jamais être considérés comme des associés sérieux, puisqu'ils ne songent qu'à vendre leurs titres au moment le plus prochain, s'il est assez favorable pour que la cession leur rapporte un gros bénéfice. On proposa en 1856 de supprimer les actions au porteur que le Code de Commerce autorisait dès le début de la Société, par

(1) Rapport Duvergier. Coll. T. 56, p. 322, col. 1.

cela même qu'il ne les prohibait pas. Entre ces deux systèmes on prit un système mixte : la mise au porteur des actions n'est permise qu'après leur entière libération. Cette disposition concordait bien avec celle de l'article 3 qui déclarait le souscripteur primitif responsable du montant total des actions par lui souscrites, nonobstant toute stipulation contraire (art. 3 al. 1), question qui faisait doute avant 1856 (1).

Avant 1856 l'irresponsabilité du souscripteur amenait de graves résultats essentiellement préjudiciables aux tiers : le souscripteur en cédant son action ne s'inquiétait jamais de la solvabilité du cessionnaire et se laissait guider par son propre intérêt. Si la Société faisait de mauvaises affaires, il passait frauduleusement son action à un homme de paille ; par l'abandon des sommes qu'il avait versées il était libéré pour l'avenir, il se dispensait ainsi d'effectuer les apports qu'il avait promis par un léger sacrifice. Dans le cas où un grand nombre d'actionnaires employaient le même procédé, les gérants faisaient en vain des appels de fonds : l'exécution en bourse ne produisant rien ou presque rien, les créanciers se voyaient dans l'impossibilité de réunir les valeurs sur lesquelles devait porter leur gage.

Pour assurer le respect de ces différentes prescriptions, la loi de 1856 déclarait nulle d'une nullité absolue et de nul effet à l'égard des

(1) Lescœur. Op. cit. P. 79.

intéressés, associés ou tiers, toute Société constituée contrairement à ses dispositions, contrairement aux quatre conditions que nous avons énumérées ci-dessus (art. 6). Cependant la nullité était inopposable aux tiers par les associés, si les tiers préféraient considérer la Société comme valablement formée. Elle établissait aussi une sanction civile facultative pour le juge, la responsabilité solidaire et par corps, à la charge du gérant et du conseil de surveillance (art. 7), des dettes résultant des opérations faites postérieurement à leur nomination lorsque la nullité était prononcée aux termes de l'art. 6, soit à l'égard des actionnaires pour le préjudice que leur causait la nullité de la Société, soit à l'égard des créanciers sociaux. L'art. 7 ajoutait : « la même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des fondateurs de la Société qui ont fait un apport en nature ou au profit desquels ont été stipulés des avantages particuliers.» Leur situation exceptionnelle dans la Société les obligeait à s'assurer que la loi avait été observée.

Etablir seulement la responsabilité pécuniaire ou civile du gérant, des membres du conseil de surveillance et des fondateurs, c'est frapper dans le vide. Aussi voyons-nous le législateur de 1856 punir de peines correctionnelles : 1° l'émission d'actions ou de coupons d'actions d'une Société constituée contrairement aux art. 1 et 2 (1) ;

(1) Emprisonnement de 6 jours à 6 mois — Amende de 500 à 10,000 fr., ou l'une des deux peines seulement. Les règles sur la complicité sont applicables.

2° le fait du gérant qui commence les opérations sociales avant l'entrée en fonctions du conseil de surveillance (art. 11) ; 3° la négociation d'actions ou coupons d'actions dont la valeur ou la forme serait contraire aux dispositions des art. 1 et 2, ou pour lesquelles le versement des 2/5 n'aurait pas été effectué, toute participation à ces négociations et toute publication de la valeur des dites actions (1).

En outre :

Art. 13. — Sont punis des peines de l'art. 405 (escroquerie) C. P. : 1° Ceux qui par simulation de souscriptions ou de versements, ou par la publication faite de mauvaise foi, de souscriptions ou de versements qui n'existent pas, ou de tous autres faits faux ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements ; 2° Ceux qui, pour provoquer des souscriptions ou des versements ont de mauvaise foi publié les noms de personnes désignées, contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées à la Société à un titre quelconque.

Ces agissements frauduleux qui jusqu'alors ne tombaient sous le coup d'aucune loi répressive deviennent des délits ;

3°. . . . . .

La responsabilité du gérant existe indépen-

(1) Amende de 500 à 10,000 fr. La loi frappe aussi plusieurs classes de personnes : les cédants, les cessionnaires, les agents de change qui ont fait la négociation, enfin les personnes qui ont aidé les précédentes à commettre le délit en publiant la valeur des actions. — L'art. 463 C. P. n'est pas applicable à ces délits et la tentative n'est pas punissable.

damment de toute fraude ; les membres du conseil de surveillance (1), pour être responsables doivent avoir agi sciemment : si la fraude n'est pas nécessaire, la simple faute, l'ignorance, la négligence, ne suffirait pas pour que l'art. 10 leur soit applicable, il faut qu'il y ait faute lourde. Mais s'il est prouvé qu'ils ont agi sciemment et en connaissance de cause, les tribunaux sont obligés de prononcer la responsabilité solidaire et la contrainte par corps, les termes de l'art. 10 sont impératifs.

Ces différentes règles concernant le conseil de surveillance qui établissent à la fois ses droits et ses obligations corrélatives, sont d'ordre public ; elles visent en effet l'intérêt général. A ce titre elles sont insusceptibles de dérogation par conventions spéciales insérées dans l'acte de Société.

La loi de 1856, après quelques années, avait produit des effets qui dépassaient de beaucoup ceux qu'on aurait pu prévoir. L'énergique sévérité qui la caractérisait avait amené l'abandon de la forme en commandite, et les capitaux ne s'étaient pas plus portés que précédemment vers la forme anonyme. On avait dépassé le but, on avait atteint l'esprit d'association lui-même. La loi de 1856

(1) Avant 1856, les fraudes ne se commettaient pas seulement au moment de la constitution de la Société, elles se commettaient encore pendant l'existence de la Société. Aussi, la loi a-t-elle rendu obligatoire dans chaque Société l'institution d'un conseil de surveillance qu'elle a investi d'attributions importantes : vérification des livres, de la caisse, du portefeuille, etc., obligation de faire chaque année, un rapport à l'assemblée générale sur les inventaires et les distributions de dividendes proposées par le gérant, etc. (art: 8). Une sanction sévère garantissait l'exacte application de ces dispositions.

ne tarda pas à donner lieu à de nombreuses critiques. Au moment même de la confection de la loi, on avait déjà critiqué beaucoup l'art. 7 (1) aux termes duquel les membres des conseils de surveillance peuvent être déclarés responsables solidairement et par corps avec les gérants, des opérations faites postérieurement à leur nomination, si la Société est déclarée nulle parce qu'elle a été constituée irrégulièrement : les récriminations semblaient d'autant plus justes que, d'après l'opinion générale, l'art. 7 était d'ordre public et, par conséquent insusceptible de clause contraire dans l'acte de Société. Cette disposition semble cependant très équitable, au moins pour le cas de faute personnelle du Conseil de surveillance. A quoi servirait de nommer un Conseil de surveillance qui serait libre de ne pas surveiller par suite d'un défaut de sanction à l'obligation que la loi lui aurait imposée ? On

(1) « Quelque gêne est résultée de ces dispositions, il faut en convenir, disait le rapporteur de la Commission, pour des gens parfaitement honorables. Les membres des conseils de surveillance se sont surtout vivement émus des obligations qui leur sont imposées. Dans le premier moment ils hésitaient à assumer une responsabilité dont ils s'exagéraient les conséquences et l'étendue. On avait beau répondre à ces craintes imaginaires, que les conseils de surveillance doivent surveiller : que s'ils ne surveillent pas ils ne font pas leur devoir ; que la loi ne dit pas autre chose ; qu'indulgente pour la faiblesse et l'incurie, elle ne punit que des actes vraiment coupables, des faits nuisibles accomplis sciemment, volontairement, c'était peine perdue. Je consens à être membre du conseil de surveillance ; mais je ne veux pas m'obliger, disait l'un, à des vérifications plus ou moins laborieuses; je n'entends pas m'exposer, disait l'autre, à un procès qu'un actionnaire de mauvaise humeur ou de mauvaise foi, s'avisera de me faire. Je n'entends rien aux écritures et à la comptabilité, ajoutait un troisième ; je ne veux pas même me donner la peine de lire les articles de votre loi, disaient les plus effrayés (Historique). » Duvergier. Coll. des Lois. T. 56, p. 314.

a fini cependant par s'habituer à cette idée qui est restée la règle depuis 1856.

La responsabilité que l'art. 10 mettait à la charge des membres du Conseil de surveillance dans le cas où ils avaient laissé commettre des inexactitudes graves dans l'inventaire ou bien avaient consenti à la distribution de dividendes fictifs ne parut pas moins redoutable; le texte étant impératif, il était impossible d'y échapper (1).

De plus ils restaient sous l'application du droit commun en leur qualité de mandataires (art. 1992, Code Civil).

Si ces diverses responsabilités avaient eu pour effet d'éloigner des conseils seulement les surveillants de complaisance, il n'y aurait eu qu'à se féliciter du résultat. Mais la crainte perpétuelle d'assumer une lourde responsabilité par suite d'une erreur ou d'une simple négligence, de se voir attrait devant les tribunaux quelquefois sans rime ni raison par des actionnaires mécontents, la vision incessante du spectre courroucé des juges correctionnels planant au-dessus de tous les conseils de surveillance, rendirent timides les honnêtes gens ; leur place fut prise par les mercenaires qui, moyennant finances, consentaient à vérifier pour la forme et à appo-

(1) Quand le gérant était passible des peines de l'escroquerie (art. 13 — 3°) pour avoir distribué des dividendes fictifs en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux, presque toujours, les membres du Conseil de surveillance étaient responsables au point de vue civil (art. 1384), ce qui rendait presque inévitable leur comparution en police correctionnelle, comme ayant, par leur négligence, facilité le délit. — (Lescœur, n° 175, p. 124, note 1).

ser leur signature au bas d'inventaires frauduleux. La loi de 1856 n'aboutit donc qu'à un résultat : décourager les gens honnêtes, paralyser l'esprit d'entreprise, diminuer le nombre des commandites, priver l'industrie de capitaux considérables, arrêter son essor.

Sous le régime du Code de Commerce, trois genres de sociétés s'offraient aux commerçants ou à ceux qui voulaient engager leurs capitaux dans les entreprises commerciales. La forme collective et la forme en commandite ne se prêtaient pas à l'exécution des grands projets commerciaux ou industriels, la troisième était rendue presque inaccessible par les formalités dont elle était entourée.

C'est en 1863 seulement que l'idée de mettre fin à cette pénible situation fut mise à exécution par deux lois : celles des 6 mai et 23 mai 1863. La première portait modification des art. 27 et 28 du Code de Commerce : elle est encore aujourd'hui une de nos lois existantes. La seconde autorisait l'établissement des sociétés à responsabilité limitée, véritables sociétés anonymes dispensées de l'autorisation du gouvernement. « C'est une société anonyme dispensée de l'autorisation du gouvernement, disait M. Dumiral, rapporteur de la Commission, et dans laquelle les garanties inhérentes à l'autorisation sont remplacées par une réunion de règles destinées à protéger les actionnaires et les tiers. » (1)

(1) Moniteur du 29 Avril 1863, p. 664.

La différence entre la société anonyme et la société à responsabilité limitée, consistait en somme dans la dénomination.

C'est le 16 mai 1862 que le Conseil d'Etat présenta au Gouvernement un projet de loi sur les sociétés à responsabilité à l'instar des *Joint stock companies limited* établies en Angleterre par un acte du Parlement du 17 Juillet 1856. Cette loi permettait aux Sociétés de restreindre la responsabilité de leurs actionnaires sans avoir à demander au Gouvernement aucune espèce d'autorisation à la différence des tradings corporations qui ne pouvaient se constituer qu'en vertu d'une charte royale (King's Charter) ou d'un acte du Parlement (statute), à la condition toutefois de se faire enregistrer.

La loi du 23 mai 1863 était une « loi d'essai ». Elle créait sous le nom de Société à responsabilité limitée un type nouveau, on le croyait du moins, qui tenait le milieu entre la Société en commandite et la Société anonyme autorisée. Les garanties instituées pour la constitution et le fonctionnement de ces Sociétés étaient, disait-on, équivalentes à l'autorisation gouvernementale. En bonne logique on aurait dû soumettre au même régime toutes les Sociétés où la responsabilité des associés n'était pas indéfinie; mais le Conseil d'Etat se refusait toujours à abandonner l'idée qu'il n'y a pas de Société anonyme possible, sans l'autorisation gouvernementale.

Quelles étaient donc les restrictions que le législateur imposait à la constitution des Sociétés à responsabilité limitée pour la garantie des tiers et des associés eux-mêmes ?

1° La Société à responsabilité limitée de même que la Société anonyme ne peut être constituée que par acte public (art. 1; art. 40 C. de Commerce).

2e Elle n'a pas de raison sociale, elle est qualifiée par l'objet de son entreprise (art. 1; art. 29 et 30 C. de Commerce).

3° L'article 1er ne l'autorise à entreprendre que des opérations commerciales.

4° Comme la loi anglaise du 17 juillet 1856, la loi de 1863 décide que le nombre des associés ne peut être inférieur à sept.

5° Le capital social ne peut excéder vingt millions.

6° Le capital social ne peut être divisé en actions ou coupons d'actions de moins de 100 fr., s'il n'excède pas 200.000 fr., ou de moins de 500 fr. s'il est supérieur.

7° Les actions sont nominatives jusqu'à leur entière libération

8° Les actions ou coupons d'actions ne sont négociables qu'après le versement des 2/5.

9° Les souscripteurs sont, nonobstant toute stipulation contraire, responsables du montant total des actions par eux souscrites (art. 3).

Toutes ces dispositions étaient littéralement reproduites de la loi du 17 juillet 1856 sur les

Sociétés en commandite par actions. Il ne faut pas oublier, en effet, que la Société à responsabilité limitée se rapprochait plus dans la pensée de ceux qui l'avaient préparée et votée, de la Société en commandite par actions que de la Société anonyme : « La Société à responsabilité limitée a été conçue, dit M. Lescœur, comme une Société en commandite par actions dans laquelle le gérant n'existerait pas et où les commanditaires seraient tout-puissants quoique tenus seulement jusqu'à concurrence de leurs mises. Dès lors il était tout naturel que les règles secondaires sur la forme, le montant, la négociabilité des titres, etc. fussent les mêmes de part et d'autre » (1). Les autres dispositions de la loi de 1863 se rapprochaient beaucoup aussi des prescriptions de la loi de 1856.

10° Les Sociétés à responsabilité limitée ne peuvent être définitivement constituées qu'après la souscription de la totalité du capital social et le versement du quart au moins *du capital* qui consiste en numéraire (art. 4). La loi de 1856 exigeait que chaque associé eût versé le *quart du montant de sa souscription.* Peut-être faut-il attribuer cette différence à une inadvertance.

11° La constatation de la souscription et des versements se fait au moyen d'une déclaration des fondateurs, c'est-à-dire de ceux qui ont conçu l'idée de la Société, qui l'ont organisée, et qui

(1) Lescœur, n° 222.

en font partie, reçue par acte notarié. A la déclaration doivent être annexés la liste des souscripteurs, l'état des versements effectués et l'acte de société dressé en la forme authentique (art. 4, al. 2, 3, 4, art. 40 Com.)

12° Il y a lieu à convocation de l'Assemblée générale dans deux cas :

A. Pour apprécier la valeur des apports qui ne consistent pas en numéraire, et la cause des avantages particuliers stipulés par un ou quelques-uns des associés. La Société n'est réellement constituée qu'après l'approbation de ces apports par une deuxième assemblée générale réunie sur une nouvelle convocation. La décision est prise à la majorité. Chaque assemblée pour délibérer valablement doit comprendre un nombre d'actionnaires, représentant la moitié au moins du capital social en numéraire. Les associés qui ont fait les apports ou stipulé les avantages dont s'agit n'ont pas voix délibérative.

B. Pour vérifier la sincérité de la déclaration faite par les fondateurs, nommer les administrateurs et les commissaires. De l'acceptation de ces personnes dépend la constitution définitive de la Société. Si les administrateurs nommés sont présents, leur acceptation est constatée par le procès-verbal de la réunion : s'ils sont absents leur acceptation sera donnée par acte séparé qui sera joint à l'acte de société.

L'assemblée générale doit être composée pour

que son vote soit utile, d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social.

Les administrateurs doivent être pris parmi les associés et être propriétaires par parts égales d'un vingtième du capital social représenté par des actions nominatives, inaliénables, frappées d'un timbre indiquant l'inaliénabilité et déposées dans la caisse sociale. Ce sont des mandataires responsables dans les termes de leur mandat, révocables, salariés ou gratuits. Les premiers administrateurs ne peuvent être nommés pour plus de six ans.

Les commissaires ne sont pas nécessairement choisis parmi les associés : leur rôle est à peu près celui des membres du conseil de surveillance dans la Société en commandite par actions.

Lorsque toutes ces prescriptions ont été observées, la Société est définitivement constituée : il faut cependant encore qu'il ait été satisfait aux *conditions de publicité.*

Les administrateurs des Sociétés à responsabilité limitée sont tenus de déposer au Greffe du tribunal de commerce dans la quinzaine de la constitution de la Société :

1° Une expédition de l'acte de Société et de l'acte constatant la souscription du capital et le versement du quart.

2° Une copie certifiée des délibérations prises par l'assemblée générale dans les cas prévus par les art. 4, 5, 6 et de la liste nominative

des souscripteurs, contenant leurs nom, prénoms, qualités, demeure, et le nombre d'actions de chacun d'eux.

Toute personne a le droit de prendre communication des pièces sus-mentionnées et même de s'en faire délivrer une copie à ses frais.

D'après l'art. 42, du Code de Commerce, le dépôt au Greffe d'un extrait de l'acte de Société était suffisant : ici c'est une expédition, une copie de l'acte qui est exigée.

Les mêmes pièces doivent être affichées d'une manière apparente dans les bureaux de la Société (art. 8).

Dans le même délai de quinzaine un extrait des actes et délibérations énoncés dans l'article précédent est transcrit, publié et affiché suivant le mode prescrit par l'article 42 du Code de Commerce. (Transcriptions sur le registre du Greffe, publication par les journaux, affichage dans la salle des audiences pendant trois mois).

Cet extrait doit contenir : les noms, prénoms, qualités et demeures des administrateurs, la désignation de la Société, de son objet et du siège social ; la mention qu'elle est à responsabilité limitée ; l'énonciation du montant du capital social tant en numéraire qu'en autres objets ; la quotité à prélever sur les bénéfices pour composer le fonds de réserve ; l'époque où la Société commence et celle où elle doit finir ; et la date du dépôt au greffe du tribunal de commerce prescrit par l'art. 8.

L'extrait est signé par les Administrateurs de le Société (art. 9).

Pour assurer l'observation de ces dispositions, la loi établit des sanctions civiles et pénales.

Sanctions Civiles. — Elles consistent dans la nullité de la Société et dans la responsabilité de certaines personnes.

A. L'inexécution d'une seule des formalités prescrites pour la constitution des Sociétés à responsabilité limitée suffit pour en faire prononcer la nullité, soit qu'il s'agisse des conditions établies par les art. 1 à 7, soit qu'il s'agisse des conditions de publicité (art. 8 et 9) (art. 24).

Il n'y aurait pas nullité de la Société si dans les statuts était insérée une clause portant que les souscripteurs ne seront pas responsables du montant total des actions par eux souscrites, cette clause serait simplement considérée comme n'existant pas.

Les effets de cette nullité sont les mêmes que ceux de la nullité prononcée par l'art. 6 de la loi du 17 juillet 1856.

B. Trois classes de personnes sont responsables de la nullité lorsqu'elle est prononcée aux termes de l'art. 24.

1° Les fondateurs auxquels la nullité est imputable.

2° Les administrateurs en fonctions au moment où la nullité a été encourue.

3° Les associés dont les apports en nature ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'art. 5.

Tandis que la responsabilité est facultative à l'égard des associés qui ont fait des apports en nature ou stipulé des avantages particuliers, elle est obligatoire pour les fondateurs et les administrateurs, c'est-à-dire que les tribunaux ne sont pas libres de ne pas la prononcer.

Cette responsabilité est solidaire dans tous les cas. Elle existe :

1° A l'égard des tiers, mais elle ne s'étend pas à la totalité des dettes sociales. Le projet proposait de lui donner cette étendue ; mais la suppression de cette disposition dans la rédaction définitive laissa aux tribunaux la faculté de proportionner la condamnation au préjudice causé.

2° A l'égard des actionnaires : la responsabilité a pour mesure le dommage qui résulte pour eux de la nullité. La responsabilité établie par l'art. 25 de la loi de 1863 diffère à plusieurs points de vue de la responsabilité qu'édictait l'art. 7 de la loi de 1856.

1° Les gérants et les membres des conseils de surveillance étaient responsables des engagements postérieurs à leur nomination.

2° De facultative qu'elle était dans la loi de 1856 à l'égard des gérants et des membres des conseils de surveillance, la responsabilité devient obligatoire dans la loi de 1863, en ce qui concerne les fondateurs et les administrateurs.

3° La loi de 1863 n'exige plus, pour que les associés qui ont fait un apport en nature soient déclarés responsables, qu'ils soient en même temps fondateurs.

4° La loi de 1856, pour déclarer ces différenrentes personnes responsables, ne distinguait pas entre le cas où la vérification ou l'approbation des apports ou des avantages avait eu lieu, et celui où elle n'avait pas eu lieu: la loi de 1863 n'établit la responsabilité que dans la deuxième hypothèse.

Sanctions pénales. — Est punie d'un emprisonnement de 8 jours à 6 mois et d'une amende de 500 à 10.000 francs, ou de l'une de ces deux peines seulement l'émission d'actions en contravention à l'art. 3.

Sont punies d'une amende de 500 à 10.000 francs: 1° la négociation d'actions contrairement aux dispositions de l'art. 3; 2° la participation à cette négociation; 3° la publication de la valeur de ces actions. (art. 30.)

L'art. 32 de la loi de 1863, reproduit exactement les termes de l'art. 13 de la loi de 1856 (V. S. p. 158).

Le 24 juillet 1867 fut proclamée une loi nouvelle sur les Sociétés, loi d'ensemble qui proclame la liberté de la Société anonyme en la soumettant simplement à réglementation et qui diminue les entraves précédemment apportées à l'établissement de la Société en commandite.

Législations Etrangères (1)

La nécessité de l'autorisation du Gouvernement a été supprimée :

(1) Les Sociétés par actions sont régies :

A. — En *Angleterre* par la loi du 17 juillet 1856, connue sous le nom de « Act for incorporation and regulation of joint stock compagnies » et qui autorise la formation des joint stock compagnies limited : Sociétés à capitaux réunis et à responsabilité limitée. Cet acte a reçu plusieurs modifications : 1° par l'act du 13 juillet 1857 ; 2° par l act du 27 août 1857 ; 3° par l'act du 2 août 1858 (ces deux derniers acts concernent les Sociétés de banque) ; 4° par l'act du 7 août 1862 (Vict. act. 25 et 26, cap. 89); 5° par l'act du 20 août 1867 (Vict. act. 30 et 31, cap. 121). En principe le gérant n'est pas indéfiniment responsable : il ne répond que de ses fautes et des infractions aux statuts. L'act de 1867 permet aux Sociétés à responsabilité limitée d'imposer à leurs directeurs une responsabilité indéfinie soit par une clause des statuts, soit par une délibération de l'assemblée générale des actionnaires. Les anglais considèrent à juste titre leurs Sociétés qui comprennent deux catégories d'associés, comme l'équivalent de notre Société en commandite par actions. On peut ajouter à ces acts les Companies acts de 1877 et de 1879.

B. — En *Allemagne*, par la loi du 18 juillet 1884.

C. — En *Italie*, par le Code de Commerce, promulgué le 13 octobre 1882, mis en vigueur le 1er janvier 1883.

D. — En *Suisse*, par le Code fédéral des obligations, en vigueur à partir du 1er janvier 1885 (30 novembre 1884).

E. — Aux *Etats-Unis* (Etat de New-York), par l'act de 1875, modifié par l'act du 15 avril 1883.

F. — En *Espagne*, par le Code de Commerce de 1885.

G. — En *Hongrie*, par le Code de Commerce de 1875.

H. — En *Belgique*, par la loi du 18 mai 1873, modifiée par la loi du 22 mai 1886.

I. — En *Hollande*, par le Code de Commerce de 1838.

J. — Dans le *Grand-Duché de Finlande*, par la loi du 24 novembre 1864.

K. — Au *Brésil*, par la loi du 4 novembre 1882, réglant la formation des Compagnies et Sociétés anonymes.

L. — En *Autriche*, par le Code de Commerce Allemand de 1873 (Handelsgesetzbuch).

Plusieurs nations sont sur le point de modifier leur législation sur les Sociétés par actions ; ce sont : l'Autriche (Projet de loi sur les Sociétés par actions, 1882), la Roumanie (Projet de Code de Commerce, voté par le Sénat en 1886).

Aucune loi n'existe en Norvège pour la réglementation des Sociétés par actions.

En *Angleterre* par l'art. du 17 juillet 1856. Les Joint Stock companies Limited à la différence des tradings corporations n'ont besoin pour se constituer, ni d'une charte royale, ni d'un acte du Parlement, mais à la condition de se faire enregistrer.

En *Belgique* par la loi du 18 mai 1873.

En *Allemagne* par la loi fédérale du 11 juin 1870, sur les Sociétés par actions.

En *Italie* par le Code de commerce de 1883.

En *Suisse* par le Code fédéral des obligations de 1883.

En *Espagne* par le Code de Commerce de 1869 (art. 293) (1).

En *Hongrie* par le Code de Commerce du 19 mai 1875.

Le *Code de Commerce allemand* encore en vigueur en Autriche exige l'*autorisation préalable pour toutes* les Sociétés anonymes (art. 208), et pour un grand nombre de Sociétés en commandite par actions. Le nouveau projet de loi sur les Sociétés par actions de 1882 dispense en principe, de l'autorisation, les Sociétés par actions, toutefois il la maintient pour les Sociétés fondées en vue de la construction et l'exploitation des chemins de fer, ou des canaux, la navigation à vapeur, les prêts sur gage, les assurances de

(1) « Est complètement libre la création de banques territoriales, sociétés de crédit, et autres associations ayant pour objet toute entreprise commerciale ou industrielle. »

toute nature, l'exploitation des mines, l'émission des lettres de gage (art. 2 du projet).

Dans le *Grand Duché de Finlande* pour qu'une Société par actions à responsabilité limitée puisse se constituer, il faut une autorisation préalable du Gouvernement qui peut ajouter aux statuts certaines dispositions utiles au point de vue du crédit ou de l'intérêt général.

Les articles 36 et 37 du *Code Hollandais* de 1838 soumettent les Sociétés anonymes à *l'autorisation préalable* mais les pouvoirs du Gouvernement sont restreints ; l'autorisation doit être accordée dès que l'objet de la Société n'est pas contraire aux bonnes mœurs et que les statuts ne contiennent rien de contraire à l'ordre public. Le Gouvernement n'a le droit d'apprécier ni les chances de succès de l'entreprise, ni l'honorabilité des fondateurs.

Le système de l'autorisation préalable est aussi celui des Législations *Russe*, *Serbe* et *Roumaine*.

Nous diviserons notre sujet en quatre parties :

1° Notions générales sur les actions ;

2° Conditions de constitution des Sociétés par actions ;

3° De la nullité en cas d'infraction aux conditions de constitution des Sociétés par actions ;

4° Des responsabilités qui découlent de la nullité pour infraction aux conditions de constitution des Sociétés par actions.

PREMIÈRE PARTIE

Notions Générales sur les Actions

Les Sociétés par actions sont, d'une manière générale celles dans lesquelles l'intérêt de l'associé prend le nom d'action. Elles présentent sur les Sociétés par intérêts constituées essentiellement intuitu personæ deux avantages.

1° Elles ne se dissolvent pas par la mort (1) l'interdiction ou la faillite d'un de leurs membres (art. 1865. C. C. 3° et 4°).

2° L'associé d'une Société par actions peut se substituer une tierce personne dans ses droits et ses obligations. Les personnes qui entrent en Société ne sont pas prises en considération; les modifications qui peuvent se produire dans la personnalité des associés n'ont pas d'influence sur l'existence de la Société, et la cession des parts d'associé devient non seulement chose permise, mais chose normale et ordinaire; ce que l'on cherche avant tout, c'est la formation d'un fonds social considérable pour l'exécution d'une vaste entreprise, au moyen de l'accumulation des capitaux, obtenue par la réunion d'un

(1) Excepté celle d'un commandité.

plus grand nombre d'associés. D'où, le nom de « Sociétés de capitaux » donné à ces Sociétés, par opposition à l'expression « Sociétés de personnes » réservée aux autres Sociétés. « Transformation de la Société de personnes en Société de capitaux, dans laquelle « l'intuitus personæ » s'efface pour faire place à « l'intuitus pecuniæ » telle est l'idée qu'il importait de dégager avant de définir l'action et d'en préciser les caractères.

L'intérêt considéré dans son acception la plus étendue comme étant la part d'un associé dans une Société quelconque, lui donnant éventuellement droit au partage des bénéfices à des époques fixées d'avance et au partage du fonds social à la dissolution de la Société, comprend l'action; l'action est à l'intérêt ce que l'espèce est au genre (Art. 33 C. de Comm.). Mais il arrive que le mot « action » est mis en opposition au mot « intérêt » par la loi elle-même (Art. 529, C. C. — Art. 91, al. 3. C. Comm.). Quels sont alors les traits distinctifs de l'action qui empêcheront de la confondre avec l'intérêt? — La loi ne les indique nulle part, elle ne définit pas plus l'intérêt que l'action. Or, à deux points de vue principaux il importe de distinguer ces deux choses :

1° Les Sociétés par actions et les Sociétés par par intérêts sont soumises à des règles très différentes; par exemple, la commandite par actions n'est pas régie par les mêmes règles que la com-

mandite simple ou par intérêts. Toutes deux sont administrées par un gérant responsable indéfiniment, tandis que les commanditaires sont tenus jusqu'à concurrence de leur mise; mais la réglementation sévère et les pénalités établies par la loi du 24 juillet 1867 (Versement du quart. — Vérification des apports, etc. — Nullité de la Société, peines correctionnelles pour les fondateurs) sont applicables à la première et ne le sont pas à la seconde, sauf pour l'art. 57 qui reste sous l'empire du droit commun (art. 1861, 1868 du Code Civil) et de l'art. 42 du Code de Commerce; pour l'organisation de la Société en commandite par intérêts la convention des parties garde la prépondérance (1).

2° Certaines lois fiscales distinguent entre l'intérêt et l'action : *a)* les cessions d'intérêts étant des cessions à titre onéreux de droits mobiliers, sont soumises au droit proportionnel de deux pour cent d'après la loi du 22 frimaire an VII (art. 69, § 5). Sur les cessions d'actions ou coupons d'actions, il est perçu un droit de 0.50 centimes pour cent (art. 69 § 2). Toutefois la jurisprudence applique le droit de 0.50 cent. pour cent à toutes les cessions de parts d'associés sans s'inquiéter de leur dénomination (2) Suivant une loi du 23 juin 1857, le droit de 0.50 établi en l'an VII est remplacé, en ce qui

(1) Vavasseur, p. 5 et 6, n° 3. Des Sociétés par actions.
(2) Cass., 14 nov. 1877. D. 78. 1-5.

concerne les cessions d'actions par un droit spécial de transmission de 0.20 °/₀ de la valeur négociée, transformé en une taxe annuelle obligatoire de 0.12 % pour les titres au porteur. La loi du 29 juin 1872 a élevé ces taxes à 0.50 % et à 0,20. Les cessions de parts d'intérêts restent soumises à la loi de frimaire. = *b)* Les titres ou les certificats d'actions sont soumis à un timbre proportionnel de 0.60 ou de 1 fr. 20 % selon les cas; les titres d'intérêts, s'il en était délivré, en seraient exempts. (Loi du 5 juin 1850, art. 14. Loi du 23 août 1871, art. 2). = *c)* La loi du 29 juin 1872, art. 1, a établi une taxe de 3 °/₀ sur les intérêts, dividendes, etc. des actions de toute nature des Sociétés et sur les intérêts, produits, bénéfices annuels des parts d'intérêts et commandites dans les Sociétés. La loi du 1er décembre 1875 est venue exempter de la taxe les parts d'intérêts dans les sociétés commerciales en nom collectif les parts d'intérêts des gérants dans les Sociétés en commandite simple et les parts d'intérêts dans les Sociétés dites de coopération ; ou encore pour employer une formule équivalente : la loi du 29 juin 1872, art. 1, soumet les Sociétés en commandite par actions à un impôt de 3 °/₀ sur le revenu sur tout leur capital ; d'après la loi du 1er décembre 1875, la taxe de 3 °/₀ frappe seulement le montant de la commandite dans les Sociétés en commandite par intérêts (1). = *d)*

(1) Cass., 5 nov. 1888. Le Droit, 5 janvier 1889.

Les Sociétés par intérêts et les Sociétés par actions sont soumises à des régimes différents pour la détermination du revenu imposable (Loi du 29 juin 1872, art. 2.)

On peut attribuer à l'action deux caractères principaux : 1° Irresponsabilité personnelle de l'associé ; 2° Cessibilité de son droit, c'est-à-dire de son action.

1° *Irresponsabilité personnelle de l'associé.* — Qu'est-ce qui distingue en effet les Sociétés de capitaux des Sociétés de personnes ? C'est la disparition de la personne de l'associé qui devient un simple bailleur de fonds, c'est la limitation des poursuites à la mise de ce bailleur de fonds qui reste inconnu la plupart du temps. On en a conclu que la responsabilité constitue par elle seule le trait distinctif de l'action ; partout où il y a responsabilité indéfinie, il y a intérét ; partout où il y a responsabilité limitée au montant de l'apport, obligation jusqu'à concurrence de la mise, il y a action (1). Doctrine manifestement inexacte, car dans la commandite simple, le commanditaire n'est certainement pas tenu au-delà de sa mise (Art. 26, 38 Com.), et cependant sa part dans la Société est certainement un intérêt et pas une action.

2° *Cessibilité de l'action.* — C'est-à-dire droit absolu pour un associé de transporter ses droits

(1) Demolombe, § 411. — Comp. Aubry et Rau. Droit civil, 4e édit., T. II, page 29, note 20.

et sa *qualité* à un tiers, de se substituer un tiers sans qu'il doive obtenir le consentement spécial des autres associés, de telle sorte que la cession soit opposable à la Société, par suite d'une acceptation tacite qui résulte de la nature même du pacte social (Société anonyme ou en commandite par actions), par dérogation aux art. 1861, 1865, C. C. (1), et aux créanciers qui ont su avec quel genre de société ils contractaient. C'est la conséquence la plus directe de la retraite de l'élément personnel devant l'élément réel.

La cessibilité est bien le caractère le plus saillant de l'action ; est-elle le critérium qui permette de la distinguer infailliblement de l'intérêt ? On l'a prétendu. « Ce qui constitue l'action, dit M. Bravard (T. I, pag. 261), ce qui la distingue de l'intérêt, c'est la cessibilité. Pour reconnaître s'il y a intérêt ou action, il n'y a donc qu'une seule chose à examiner, savoir : si le droit est cessible ou s'il ne l'est pas ; en d'autres termes, s'il y a des rapports de choses ou des rapports de personnes. Partout donc où la cessibilité existera, se rencontrera, il y aura une action ; partout où elle n'existera pas, il n'y aura qu'un intérêt. Voilà le véritable et le seul caractère distinctif de l'action ». Suivant les partisans de ce système les parts d'associés seront des intérêts lorsque d'après la convention sociale, elles ne pourront être cédées qu'avec le consentement des autres associés ; au contraire, elles seront

(1) Pardessus. Cours de Droit Commercial, T. IV, § 973, p. 12.

des actions si les associés ont le droit de transmettre leurs parts aux tiers sans le consentement de leurs co-associés.

Cette théorie est basée sur les arguments suivants :

1° Les articles 34, 35, 36 du Code de Commerce parlent de l'action et de la cessibilité « comme de deux choses s'impliquant l'une l'autre », puisqu'ils établissent pour les actions des modes particuliers de cession en parlant de la Société anonyme.

2° Les lois des 22 frimaire an VII sur l'enregistrement, 5 juin 1850 sur le timbre, 23 juin 1857 assujettissent les actions à des droits spéciaux, par suite de leur ressemblance avec les effets de commerce et à cause de la grande facilité avec laquelle elles peuvent passer de main en main.

3° Le titre au moyen duquel la cession de l'action pourra être réalisée rapidement et à peu de frais, n'est-il pas la preuve matérielle de l'exactitude de cette idée que l'action n'est autre chose que l'intérêt stipulé cessible? (1)

(1) Dans le même sens : Pardessus. Cours de droit Commercial, n° 973-993. — Bédarride. Comment. de la Loi du 25 juillet 1867 sur les Soc. T. II, n° 318. 2e édit, 1872. — Molinier. Cours de droit com. n° 512. — Troplong. Sociétés. T. I, n° 128 et suiv. — Rivière. Comm. de la Loi du 24 juillet 1867 sur les Soc. P. 206, § 176. — Batbie. Rev. crit. T. XXIV, p. 398 et suiv. — Alauzet. Cours de droit comm. T. I, n° 544, 1871, 2e édit. — Paul Pont. Sociétés. T. II, n° 599 et 600. — Bravard-Veyriéres. Traité de droit comm. 1862. T. I, p. 260, note 1, p. 261.

Voir cassation. Req. 13 mars 1882. Journal des Soc. civiles. et commerc. p. 5 et suiv. — Lille, 1er avril 1881, ibid. décisions en faveur du fisc. — Lille 21 nov. 1884. — Cass. Req. 2 août 1886. Dall. 87, 1. 167. — Cass. 14 nov. 1877. D. 78. 1. 5.

M. Beudant reproche à cette doctrine d'être trop absolue : l'action a bien réellement pour caractère la cessibilité ; mais « la cessibilité n'en est pas à elle seule le caractère constitutif » (1). Est-il vrai que l'intérêt soit incessible? Le prétendre ce serait exagérer la portée de l'art. 1861 du Code Civil ; cet article défend seulement à un associé « d'associer une tierce personne à la Société » sans le consentement de ses coassociés. L'associé peut bien céder sa part, s'associer une tierce personne et lui vendre sa part ; mais le cédant reste associé. La cession produira tous ses effets à l'égard du cessionnaire, mais non à l'égard de la Société. Comme le fait remarquer M. Beudant, « cette restriction apportée aux effets ordinaires de la cession n'est que de la nature des Sociétés par intérêts, elle n'est pas de leur essence » (2). L'acte de Société peut permettre aux associés de céder leur droit et l'hypothèse est prévue par les art. 42 et 46 du Code de Commerce et 57 et 51 de la loi du 24 juillet 1867, qui ordonnent de publier « tout changement ou retraite d'associés. » Ces articles désignent évidemment les associés ayant des parts d'intérêts puisque le nom des actionnaires ne figure pas dans les extraits publiés dans les journaux.

Une convention intervenue dans le cours de

(1) Beudant. Revue critique, t. XXXIV, p. 413.

(2) Beudant. Rev. Crit. t. XXXIV, p. 149. Voir aussi Vavasseur. Des Sociétés civiles et commerc. 1878. T. I, p. 101, § 831.

la Société pourrait donner le même droit aux associés et le leur donner soit purement et simplement, soit sous condition. Par exemple : sous cette condition que la cession pourra être faite à une personne quelconque, ou bien que cette personne devra être choisie dans une classe déterminée d'individus. Il y aura cessibilité et cependant la Société demeurera par intérêts.

On a essayé de répondre, il est vrai, que si l'art. 1861 reconnaît implicitement à l'associé le droit de céder sa part d'intérêt dans une Société dont le capital n'est pas divisé en actions, c'est à la condition expresse d'obtenir le consentement de tous les sociétaires, qu'il s'agisse de la part de l'associé en nom collectif ou d'un simple commanditaire. Mais la cessibilité comme la responsabilité limitée n'est-elle pas basée aussi sur le consentement, tacite il est vrai, mais réel de tous les sociétaires qui en formant une Société par actions ont, par le fait même, accepté que les parts d'associés seraient librement transmissibles et que les cessions seraient opposables à la Société. La cessibilité est toujours un effet de la convention qui fait la loi des parties. Le consentement est exprès d'un côté, il est implicite de l'autre (1). Il peut arriver que l'action ne soit cessible qu'après autorisation du conseil de surveillance ou de l'assemblée des actionnaires. « Quelle différence appréciable y a-t-il en

(1) L'art. 91 du C. de Comm. implique que la transmission des parts d'intérêts peut s'opérer par un transfert.

fait entre un droit incessible de sa nature mais qui peut être cédé du consentement des coassociés, et un droit cessible de sa nature mais qui ne peut être cédé que sous le contrôle des coassociés? C'est ici que les deux notions de l'intérêt et de l'action se rapprochent, se confondent même, si l'on persiste à ne les distinguer qu'au point de vue de la cessibilité (1). »

Et, du reste, la cessibilité ne peut suffire à caractériser l'action : il faut encore l'irresponsabilité personnelle ou, si l'on veut, la responsabilité limitée à concurrence de la mise. En effet, qui dit responsabilité indéfinie, dit personne indéfiniment engagée. Il ne peut pas y avoir action dans ces termes. La France ne possède pas comme l'Allemagne et l'Angleterre le genre de sociétés par actions dans lesquelles les associés sont tenus personnellement et solidairement sur tous leurs biens (2).

M. Beudant a proposé la formule suivante : « Les parts d'associés sont des actions quand le capital social a été fractionné dans la prévision et en vue des cessions ultérieures que les associés feront de leur droit, en un mot, quand la cession a été envisagée, lors de la fondation de la Société, comme une éventualité normale, pouvant et devant se réaliser d'une façon

(1) Beudant. Rev. Crit. T. 34, p. 412.

(2) Lyon-Caen et Renault. I, p. 180. D'après certains auteurs, cependant, la Société en nom collectif peut diviser son capital en actions, elle se soumet aux dispositions de la Loi de 1867, applicables à toutes les Sociétés par actions. — Lacour. Rev. Crit. Nouv. Série. T. 14, p. 462.

constante et réitérée. » — C'est l'idée de cessibilité qui sert de base à ce système, mais elle est combinée avec cette autre, que dans les Sociétés par actions l'intuitus personæ disparaît pour faire place à l'intuitus pecuniæ : « Si les parts d'associés sont absolument incessibles, et intransmissibles de telle sorte que les rapports sociaux doivent rester exclusivement concentrés entre les associés primitifs, aucun doute ne s'élèvera, la considération des personnes est prédominante : La Société est par intérêts. » Mais de ce que les parts d'associés sont cessibles et transmissibles, il ne s'en suit pas nécessairement qu'elles sont des actions et c'est en cela que ce système diffère du précédent : « Elles resteront parts d'intérêts, si le droit de les céder n'apparaît que comme une faculté dérogeant au droit commun formellement réservée dans l'acte de Société, soit par tous les associés, soit par quelques-uns. Elles deviennent actions si le droit de les céder apparaît comme découlant de leur nature même, quelles que soient d'ailleurs les conditions auxquelles l'exercice du droit est soumis. »

Quand le droit de les céder apparaît « comme découlant de leur nature même » les parts d'associés sont des actions; si le droit de les céder apparaît « comme une faculté dérogeant au droit commun » comme le résultat d'une concession expresse de l'acte de Société, elles restent parts d'intérêts. Peu importe même dans

le premier cas que le Conseil de surveillance ou l'assemblée des actionnaires ait de par les statuts le pouvoir de s'opposer à la cession (1).

La jurisprudence paraît se fixer aujourd'hui dans le sens de la doctrine de la cessibilité telle que la comprend M. Beudant. La Cour de Cassation a décidé qu'une Société est en commandite par actions lorsque d'après l'acte de Société chaque associé peut céder à un tiers tout ou partie de ses droits dans la Société, c'est-à-dire lorsque cette Société est constituée d'une façon indépendante de toute considération de personnes (2), et la Cour déclare qu'une restriction à la cessibilité insérée dans les statuts, dans l'espèce la clause qui n'autorise la cession des droits des associés que suivant les règles du droit civil, peut être une entrave apportée à la négociabilité, mais ne fait nul obstacle à leur cessibilité.

A ces deux caractères on peut en ajouter d'autres qui sont ordinaires mais non essentiels :

1° L'*égalité des coupures* est encore un des

(1) Beudant. Revue Critique. T. 34, p. 160, 161, 164. V. aussi Note sous Cassation, 29 déc. 1868, 16 nov. 1868. Dall. 69, 1,73 — Boistel. Précis du Cours de droit commerc., p. 51. — Lyon-Caen et Renault. T. I, p. 182. N° 372. — Rousseau, Sociétés Commerc. Franç. et Etrang., p. 332. N° 990. — Ruben de Couder. Dict. de dr. commerc. T. 6. V° Société, p. 600. N° 73. — Valette. Mélanges de droit et de jurisprudence recueillis par MM. Herold et Lyon-Caen, 1880. Compte-Rendu du Traité des Sociétés par actions de M. Vavasseur.

(2) Cass., 27 mars 1878, D. 78. 1. 308. — Cass., 13 mars 1882. D. 83. 1. 83. — Cass., Req. 2 août 1886. Desclée frères c. enregistrement. S. 87. 1. 329. — Voir aussi Cass., 9 fév. 1887. S. 88. 1. 177. — Cass., 10 août 1887. D. 87. 1. 440. — Cass., 5 nov. 1888. Le Droit, 5 janvier 1889. — Conf. : Cass., 28 juill. 1868. D. 68. 1. 480.

caractères de l'action, soit qu'il y ait égalité de toutes les parts sociales, soit qu'il y ait égalité dans diverses séries de coupures : actions de 100 francs, 500 francs, etc. Elle facilite la transmissibilité des parts par suite de l'effacement de la personne des associés. L'art. 34 du Code de Commerce paraît bien considérer l'égalité des coupures comme l'un des caractères de l'action. Il décide que le capital de la Société anonyme se divise en actions et même en coupons d'actions *d'une valeur égale.*

S'appuyant sur cet article, certains auteurs ont prétendu que c'était l'égalité des coupures qui distinguait l'action de l'intérêt (1). Il est vrai que les parts d'associés, dans les Sociétés par actions sont presque toujours d'une valeur égale, cette division du capital a l'avantage de faciliter la répartition des bénéfices et la négociation en Bourse; mais il peut arriver que les actions soient inégales, et que les parts d'intérêts soient égales. Et du reste « ..... dans la réalité des faits toute action n'est qu'une fraction aliquote du fonds social, nécessairement indéterminée dans sa valeur jusqu'à la liquidation consommée (2). » L'action soumise aux fluctuations de la Bourse n'a qu'une valeur pure-

(1) « Lorsque, dans une Société qui se fonde, le capital à fournir est divisé en actions déterminées à une somme fixe, pour laquelle il est fait appel à tous, l'intérêt que chacun acquerra, en fournissant une de ces portions, prend le nom d'action. » (Demante et Colmet de Santerre. Cours analytique de Code civil, p. 421).— (Laurin. Cours élémentaire de dr. comm., p. 209).

(2) Vavasseur. Des Sociétés par actions, p. 6, § 5.

ment nominale. Dès lors peu importe que la Société émette par exemple mille actions de mille francs ou mille parts d'intérêts d'un millième chacune. L'égalité de coupures n'est donc pas le criterium de la distinction entre l'action et l'intérêt.

Enfin le Gouvernement a reconnu dans la discussion de la loi de 1867 que la disposition de l'art. 34 n'était pas impérative (1).

Ce système paraît néanmoins avoir été accepté dans le projet de loi sur les Sociétés, voté par le Sénat (art. 108.)

2° *L'appel au Public.* — Il a lieu ordinairement; il est naturel qu'une Société désirant attirer à elle les capitaux ouvre une *souscription*. Mais il peut arriver que les actions soient placées autrement, par exemple si le nombre des actions est peu considérable.

3° *La négociabilité.* — La négociabilité est plus que la cessibilité : c'est l'aptitude à la négociation commerciale qui s'opère plus simplement que la négociation civile. Elle s'opère vis-à-vis des tiers par le transfert sur les registres de la Société (art. 36 C. de Comm.), par endossement ou par la remise manuelle du titre (art. 35 C. de Comm.), selon que le titre est nominatif à ordre ou au porteur, tandis que la cession civile s'effectue par la signification au

(1) Discours de M. Rouher, séance du 8 juin 1867. — Moniteur du 9 juin 1867.

débiteur cédé ou son acceptation dans un acte authentique (art. 1690. C. C.).

D'après M. Vavasseur « c'est dans le mode de transmission du titre que réside le caractère distinctif de l'action. Est-elle susceptible de négociation commerciale? C'est une action, dans le cas contraire c'est un intérêt » (1).

C'est la négociabilité qui donne à l'action son pouvoir de circulation : la négociabilité est donc inhérente à la nature de l'action, c'est ce qu'on peut induire des art. 35, 36 C. de Comm. Un grand nombre de dispositions des Lois du 17 juillet 1856, du 23 mai 1863, du 24 juillet 1867 statuent sur la *souscription*, l'*émission*, la *négociation*, la *publication* des actions, sur la *conversion* des titres nominatifs en titres au porteur. Ces dispositions peuvent-elles s'appliquer aux parts d'intérêts transmissibles par contrat enregistré et signifié! (2)

(1) Vavasseur. Des Sociétés par actions p. 9, nº 7. V. Aussi Vavasseur. Des Soc. civ. et comm. t. I, p. 98 et suiv. nº 326-340. — Revue critiq. Lacour. Nouv. série, t. 14. 34e année, p. 456 — Cass. 27 mars 1878 S. 78-1-277. — Jacques Vavasseur. Du caract. constitutif de l'action. Revue des Sociétés 1887, page 338. — La Cour de Cassation par arrêts des 27 mars 1878 et 13 mars 1882, D. 78. 1. 308,83. 1. 83, avait adopté ce système : elle avait jugé qu'une Société était en commandite par actions par ce motif que les titres étaient transmissibles tant aux associés qu'aux tiers étrangers à la Société, au moyen d'un transfert sur les registres de la Société c'est-à-dire par un mode du droit commercial. Nous avons vu qu'elle se rallie aujourd'hui au système de la cessibilité.

(2) M. Vavasseur prétend que le système de la négociabilité était celui de l'ancien droit et il cite Melon, Essais Politiques sur le Commerce « L'action n'étant sujette à aucune formalité est plus *circulante*, est d'une ressource assurée dans un besoin pressant et imprévu..... Le droit des associés réduit au partage des bénéfices annuels et à l'expectative du partage final est formulé dans des titres individuels dont on les rend porteurs, et qui, susceptibles de négociation par vente ou autrement représentent une valeur mobile..... L'un des principaux avantages de cette création de titres négociables, c'est de permettre aux associés de

Cette opinion est inadmissible. La négociabilité n'est pas un trait suffisamment énergique pour caractériser l'action. Plusieurs arguments de texte la contredisent formellement : 1° L'intérêt ne serait cessible d'après cette doctrine, qu'au moyen du transport-cession ; il pourrait aussi passer des mains de l'associé dans les mains d'un tiers par donation, par succession ou par testament, mais seulement par ces quatre modes ; or, l'art. 91, al. 3 C. de C. permet de constituer en gage *les parts d'intérêt transmissibles par voie de transfert.* La négociabilité n'est donc pas un caractère spécial à l'action ; 2° la loi du 5 juin 1850 (art. 25) décide que ses dispositions ne s'appliquent pas aux actions dont la cession n'est parfaite à l'égard des tiers qu'au moyen des conditions déterminées par l'art. 1690 du C. C. La négociabilité n'est donc pas un caractère essentiel à l'action (1) ; 3° l'art. 26 de la même loi déclare que les administrateurs doivent être propriétaires d'un certain nombre d'*actions* qui sont affectées en totalité à la garantie de tous les actes de la gestion : elles sont nominatives, inaliénables, même par transport cession, et déposées dans la caisse sociale. Pour ces *actions* la négociabilité n'existe donc pas ; 4° le transfert sur

céder leurs droits facilement, sans frais et de mettre en circulation des valeurs qui autrement resteraient en dehors du mouvement industriel. »

Cette citation prouve simplement que la négociabilité était autrefois comme aujourd'hui un des caractères ordinaires de l'action mais non pas qu'elle en était le caractère essentiel.

(1) Il est vrai que M. Vavasseur attribue à une inadvertance la présence du mot « action » dans l'art. 25 de la Loi de 1850.

les registres comme on l'a fait remarquer, procède de la cession telle que l'art. 1690 C. C. l'organise, par la révélation du nom du cessionnaire au siège social (1).

La remise de la main à la main, le transfert par endossement, sont aussi des modes de cession (terme générique). Les quatre modes de cession produisent les mêmes effets, ils ne diffèrent entre eux que par la forme. On fait donc dépendre la distinction entre l'action et l'intérêt, qui diffèrent entre eux par leur nature même, d'une pure question de forme, du moyen de cession dont ils sont susceptibles. Les trois modes de cession simplifiés admis par le Code de Commerce présupposent comme possibles les modes de cession déterminés par le Code Civil, et les statuts pourraient, en déterminant les formes du transfert, décider par exemple que la signification au débiteur cédé ou son acceptation dans un acte authentique, seront les seuls modes de cession admis pour l'action sans que celle-ci perde pour cela son caractère d'action (2). On prétend que, dans ce cas les parts d'associés, bien que qualifiées du nom d'actions, sont de véritables intérêts (3).

(1) Thaller. Jurisprudence commerc. exam. doctrin. Rev. crit. 1887. T. XVI, nouv. sér. p. 212,

(2) Cass. Req. 2 août 1886. S. 87. 1. 329. — Cass. 9 février 1887. S. 88. 1. 177. — Contra. P. Pont. Sociétés, n° 595. — Vavasseur. Des Sociétés civ. et comm. T. 1, p. 105. N° 334.

(3) La simple exigence des formalités de la cession civile n'empêche pas les titres d'être des actions. Lorsqu'une action n'est pas négociable, la cession ne vaut, à l'égard des tiers, que lorsque les formalités de l'art. 1690 ont été remplies Lyon-Caen et Renault, p. 185, n° 377 et note 2. —

4° *La représentation des parts dans la Société par un titre constatant le droit de l'associé et destiné à lui être remis.* — De cette particularité de l'action on a encore voulu faire un criterium la distinguant de l'intérêt. M. Bozérian, dans la discussion qui a eu lieu en 1884 au Sénat, sur l'art. 108 d'un projet de loi sur les Sociétés anonymes, a prétendu que l'action n'est autre que le fractionnement du capital social *en titres* d'une valeur égale, destinés à être remis aux actionnaires (1), et même que l'action n'était que « le titre figuratif de l'intérêt de chaque associé ». Mais cette définition n'est que le résultat d'une confusion qui ne s'explique pas chez un jurisconsulte. Les gens ignorant le droit appellent action le titre qui représente leur droit, comme ils appellent contrat ou obligation l'acte écrit, l'instrumentum destiné à faire preuve de l'obligation en prenant ce mot dans son sens le plus juridique : mais la notion de l'action est bien différente. Comment ! L'associé fût-il responsable ou ne le fût-il pas; son intérêt fût-il cessible ou ne le fût-il pas ; fût-il négociable ou non négociable, peu importe, si l'intérêt est représenté par un titre figuratif, de par la loi il devrait

Contra : Beudant. Revue Critique. T. 34, p. 154 et suiv. D'après l'éminent professeur, la propriété d'un droit cédé se transmet, même à l'égard des tiers, par le seul effet de la cession. L'art. 1690 y apporte une exception pour les créances proprement dites. Or, l'action est un droit sui generis qui n'est ni un droit de propriété ou de copropriété, ni un droit de créance proprement dit.

(1) Journal officiel. Séance du 30 mars 1884. Sénat. Débats parlem., p. 1794).

être considéré comme une action ! Singulière définition que celle qui aboutit à la matérialisation du droit.

Dira-t-on qu'on doit se placer au point de vue de la preuve, que l'intérêt se prouve par la production de l'acte de société, l'action par la production d'un titre spécial contenant certaines énonciations, mais remarquons-le, énonciations qui ne seraient même pas indiquées par la loi ? — Mais l'intérêt ne peut-il pas se prouver autrement que par la production de l'acte de société et ne pourrait-on, dans une Société par intérêts délivrer des titres d'intérêts autres que le contrat de société constatant le droit de chaque associé ? Cela ne nous paraît pas inconciliable avec les dispositions de la loi. Dira-t-on que les titres ont pour objet de faciliter la cession des parts d'associés ou d'autoriser leur négociabilité ? Mais alors on retombe dans les systèmes qui font de la cessibilité ou de la négociabilité le caractère distinctif de l'action. Peut-on admettre que cette circonstance qu'il a été délivré des titres ou qu'il n'en a pas été délivré, détermine le régime légal auquel la Société sera soumise, qu'elle entraîne pour la Société en commandite l'application du Titre I de la Loi de 1867.

Conformément à ce système le Tribunal Civil de Péronne, visant sans doute à l'originalité, a jugé que le véritable signe distinctif de l'action résidait

dans l'individualité du titre indépendant et distinct de l'acte de société (1).

En résumé, l'irresponsabilité de l'actionnaire et la cessibilité du titre sont les caractères essentiels de l'action, sous réserve bien entendu des observations que nous avons présentées sur ces deux points. Quant à l'appel au public, à l'égalité et à la fixité des coupures, à la négociabilité, ils révèlent ordinairement l'intention des parties de créer des parts d'associés représentées par des titres qui circulent facilement, qui entrent dans le commerce sans s'occuper du nom et des qualités de celui qui les possèdera, en un mot, la volonté de proscrire la considération de la personne des conditions constitutives de la Société : mais s'ils sont les signes apparents et probables de l'action, s'ils en sont les indices, ils n'en sont pas les signes certains et indubitables.

En pratique, la question de savoir si l'on se trouve en présence d'une action ou d'un intérêt est purement de fait. Il faut consulter les statuts, voir s'ils contiennent quelques éléments qui permettent de se prononcer sur le caractère des parts d'intérêts en prenant cette expression dans son sens le plus général.

On ne peut guère donner de l'action qu'une notion complexe. Nous la définirons : *La part d'un associé irresponsable dans une Société où*

(1) Trib. civ. de Péronne, 29 août 1884. J. des Soc. 1886, p. 616. — V. Lacour. Revue Crit. Nouv. série. T. 14. 34e année, p. 454-455.

ces parts sont cessibles, ordinairement négociables et d'égales coupures.

Il y a diverses sortes d'actions.

PREMIÈRE DIVISION

Au point de vue du mode de coupure on distingue :

1° Les actions de somme dont le chiffre est fixe.

2° Les actions de quotité qui comportent l'indication d'une fraction du capital social : 1/10, 1/20 du capital social.

DEUXIÈME DIVISION

1° Les actions de capital obtenues moyennant le versement ou la promesse d'une somme d'argent.

2° Les actions industrielles attribuées à celui qui met son industrie à la disposition de la Société.

3° Les actions de fondation ou d'apport attribuées en échange à ceux qui effectuent un apport en nature, qui mettent dans le fonds social, par exemple, un fonds de commerce, un immeuble, des machines, ou bien un apport en idées, comme une invention brevetée.

4° Les actions de prime données gratuitement en échange de services rendus par des démarches, surtout au moment de la formation de la Société, par la publicité, etc.

Quel est l'intérêt de la distinction ?

Les actions de capital donnent à l'associé un droit aussi complet que possible : droit au coupon de dividendes et d'intérêts, droit au partage du fonds social.

Sauf stipulation contraire, les actions industrielles ne donnent pas droit au partage du fonds social à la dissolution de la Société, elles ne donnent droit qu'aux bénéfices ; les possesseurs de ces titres n'ont pas contribué à la formation du fonds social. A la dissolution de la Société ils cessent de prester leur industrie, qu'ils pourront employer ailleurs : ils reprennent leur apport. Presque toujours les actions industrielles restent déposées dans la caisse sociale pendant la durée de la Société : elles deviennent ainsi incessibles : c'est une garantie contre l'associé qui ne peut dès lors refuser facilement ses services à la Société.

Les actions de prime ne donnent droit qu'aux bénéfices.

TROISIÈME DIVISION

Cette division tient au mode de négociation et à la forme extérieure des actions.

Le transfert s'opère, même à l'égard des tiers, par des modes distincts de la cession civile et d'une grande simplicité.

1° Les actions nominatives (art. 36 C. de C.) sont celles dont la propriété est établie par

l'inscription sur le registre de la Société et sur le titre même de l'action du nom de celui à qui elles appartiennent.

Leur négociation s'opère par le transfert, c'est-à-dire par une inscription sur les registres, signée de celui qui fait le transfert, art. 36 C. de C. « La propriété des actions peut être établie par une inscription sur les registres de la Société. Dans ce cas, la cession s'opère par une déclaration de transfert inscrite sur les registres, et signée de celui qui fait le transfert ou d'un fondé de pouvoir. »

C'est le transfert réel.

Le transfert d'ordre est celui qui a lieu entre le propriétaire d'un titre nominatif et l'agent de change chargé de la négociation : celui-ci fait un second transfert au nom de l'acheteur.

Les agents de change étant tenus au secret professionnel, le transfert d'ordre est utile pour que le vendeur et l'acheteur ne se connaissent pas.

Le transfert de garantie (art. 91 C. de C.) permet de constituer en gage un titre nominatif.

Un seul titre nominatif peut résumer plusieurs actions.

2° Les actions à ordre sont celles qui portent la clause à ordre et dont le transfert s'opère par endossement.

Aucun texte ne mentionne cette forme des actions, mais aucun texte non plus ne la prohibe. Le principe de la liberté des conventions

la fait considérer comme licite. On la rencontre assez rarement du reste.

3° Les actions au porteur sont celles qui se négocient par simple tradition manuelle (art. 25 C. de Com.). « L'action peut être établie sous la forme d'un titre au porteur. — Dans ce cas la cession s'opère par la tradition du titre. »

La propriété de l'action au porteur n'est indiquée ni sur le titre, ni sur les registres de la Société : elle réside tout entière dans la possession du titre. On délivre un titre par action et non un titre par actionnaire, autant d'actions, autant de titres; cela se comprend, les actions au porteur étant destinées à une grande circulation. Leur forme même en constitue à la fois l'avantage et l'inconvénient. Si la transmission en est plus rapide et plus facile : 1° les chances de perte sont beaucoup plus considérables pour ces actions que pour les autres; la loi du 15 juin 1872 est venue atténuer ce fâcheux effet, mais ne le supprime pas. 2° La forme au porteur permet à l'actionnaire de se soustraire facilement à ses obligations puisqu'il reste inconnu.

Le titre représentatif de l'action au porteur se divise en deux parties : *a*) la souche qui porte le nom de la Société, les mots action au porteur, la somme que représente cette action et un numéro d'ordre ; *b*) les coupons qui servent à toucher les dividendes et les intérêts annuels à la date qu'ils indiquent.

QUATRIÈME DIVISION

Les actions peuvent donner à leurs titulaires des droits différents. On les distingue à ce point de vue en actions de capital et en actions de jouissance.

Le droit aux bénéfices annuels se divise souvent en deux parties : le coupon d'intérêts et le coupon de dividendes. Le coupon d'intérêts comprend le bénéfice ordinaire et légal que peut donner un capital placé à intérêts.

Le coupon de dividendes comprend l'excédant des bénéfices réalisés sur l'intérêt légal. Ils ne constituent pas deux droits d'une nature différente : ils font ressortir la différence entre l'intérêt de l'argent et le bénéfice, entre l'intérêt du capital engagé et l'excédant sur cet intérêt du gain obtenu par la Société. Cette comparaison indique le profit réel réalisé par l'entreprise; elle permet aux associés de se rendre compte de l'état de prospérité ou de décadence de la Société.

Souvent on distribue après le premier semestre et à titre d'acompte, la somme à laquelle donne droit le coupon d'intérêts, même alors que les associés n'ont pas stipulé qu'ils pourraient toujours exiger les intérêts de leur apport. Le dividende est fixé seulement à la fin de l'année quand le chiffre des bénéfices est établi : les actionnaires attendent ainsi moins longtemps le paiement de

leurs revenus. M. Batbie critique cette pratique comme ayant fait admettre même par la jurisprudence cette idée fausse, que les actionnaires ont toujours droit à l'intérêt de leur argent, alors même que la Société ne fait pas de bénéfices. Le paiement des intérêts lorsque la Société n'a pas réalisé de bénéfices est une restitution partielle du capital social ; il peut constituer un véritable danger pour les tiers qui ont compté sur le capital nominal et dont le gage s'évanouit peu à peu. Ce procédé est presque nécessairement mis en œuvre par les Sociétés qui, par suite de leur objet, ne peuvent donner de bénéfices qu'à une longue échéance ; il pourrait être corrigé par les statuts qui stipuleraient que sur les premiers bénéfices obtenus, il y aurait lieu à un prélèvement pour la reconstitution du capital ainsi amoindri, avant qu'aucune somme ne soit convertie en dividendes.

Les actions de capital remises en échange d'un apport pour la formation du fonds social donnent droit à la fois et au coupon d'intérêts et au coupon de dividendes.

Les actions de jouissance ou actions amorties sont celles dont le capital a été remboursé à l'actionnaire pendant la durée de la Société.

Dans une Société, on peut chaque année distribuer tous les bénéfices : ou bien, la détérioration du capital social (machines, bâtiments, etc.) étant inévitable, on peut mettre en réserve une partie des bénéfices, dans la crainte qu'à la dissolution de la Société le fonds social ne soit insuffisant

pour rembourser sa mise à chaque actionnaire. Cette capitalisation d'une partie des bénéfices par la Société elle-même est faite dans l'intérêt de tous.

L'amortissement est un procédé mixte entre la distribution de la totalité des bénéfices et le procédé de la réserve, c'est le remboursement d'un certain nombre d'actions chaque année par voie de tirage au sort. Comme la réserve, l'amortissement a lieu dans l'intérêt de la Société. Les sommes qui auraient dû rester dans les caisses de la Société jusqu'à son extinction, sont remises annuellement et par parties aux actionnaires; ceux que le sort désignera n'auront plus le droit de participer au partage du fonds social. Il y a profit pour tous : pour le remboursé, pour les autres associés et pour la Société.

Chaque actionnaire remboursé reçoit un titre nouveau appelé action de jouissance. L'action de jouissance ne donne droit ni au capital ni aux intérêts du capital, mais seulement au coupon de dividendes. On pourrait objecter que l'actionnaire remboursé ayant recouvré son apport perd tous ses droits d'associé : quand il a versé son argent dans le fonds social, son intention a été de l'y laisser jusqu'à la fin de l'entreprise; rien ne dit qu'il serait entré dans la Société, s'il lui avait fallu courir la chance d'en sortir contre sa volonté dans un temps plus ou moins rapproché, au bout d'une année peut-être. D'un autre côté l'associé a couru des

risques dont on doit tenir compte. Cependant il faut remarquer que la Société n'est dégagée vis-à-vis de lui que partiellement. Est-ce là en effet tout le droit du possesseur d'une action de jouissance ? Non. S'il reste un excédant après le remboursement de toutes les actions, il figurera au partage comme les autres actionnaires avec lesquels il viendra en concours.

Les actions nouvelles donnent droit au coupon d'intérêts et au partage mais pas au coupon de dividendes.

Elles sont émises par une Société qui a déjà émis des actions antérieurement comme leur nom l'indique.

La création d'actions nouvelles a pour cause une augmentation du capital social, mais il faut remarquer que la participation au coupon de dividendes n'est possible ou du moins équitable qu'au moment où le nouveau capital devient productif : jusque-là il serait injuste d'appeler les nouveaux actionnaires à la répartition de profits obtenus au moyen du fonds social primitif. Les actions anciennes peuvent avoir un rang privilégié sur les nouvelles ou réciproquement, mais dans le second cas il faut que tous les premiers associés aient consenti à ce qu'il en soit ainsi.

Les actions de priorité sont un intermédiaire entre l'action et l'obligation : ce sont celles qui donnent droit aux bénéfices par préférence aux autres actions. L'émission de telles actions est-

elle légale ? On en a contesté la validité.

La négative s'appuie : 1° sur l'art. 34 du Code de Commerce d'après lequel « le capital de la Société anonyme se divise en actions et même en coupons d'actions d'une *valeur égale* » ; 2° sur l'art. 1855 du Code Civil : les actions de priorité feraient de la Société une Société léonine.

Mais l'art. 34 du Code Commerce n'a pas la signification qu'on lui prête ; il veut dire simplement que, en principe et sauf dérogation, les actions doivent être égales en chiffres, il se refère à la valeur nominale de l'action ; ce n'est pas une disposition d'ordre public, par conséquent la convention peut en modifier l'application. En vertu de la loi elle-même une Société peut avoir des actions d'une valeur nominale différente. Une Société se fonde au capital de 200.000 francs. Plus tard elle augmente son capital, ses nouvelles actions devront être d'au moins 500 francs (art. 1, loi de 1867). L'existence de deux catégories d'actions de valeur inégale est le résultat forcé des exigences de la loi (1).

Quant à l'art. 1855 C.C. on peut l'écarter par ce motif que la création d'actions de priorité n'est contraire ni à la loi, ni à la morale, ni à l'ordre public, ni à l'essence du contrat de Société, et elle peut être autorisée dans les statuts ; elle peut avoir lieu même au cours de l'existence de la Société si *tous* les actionnaires y consentent.

(1) Revue Critique. T. 14, Nouv. Sér. 34e année, p. 466. Lacour.

Une assemblée composée d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social peut bien modifier les statuts, mais elle n'a pas un pouvoir absolu et illimité en dehors de ces mêmes statuts, dont elle tient, en somme, tous ses droits ; le législateur n'a pu vouloir appliquer aux Sociétés d'une façon générale et dans tous les cas la loi dangereuse des majorités pour toutes les modifications qui touchent à l'essence même du contrat, et, en l'absence d'une stipulation expresse, pour toutes les modifications qui peuvent faire grief aux droits des associés l'art. 1134 C.C. reste la règle; pour qu'elles soient possibles il faut le consentement unanime des actionnaires : c'est ce qui arrive pour l'émission d'actions de priorité (1).

Les Sociétés ont pour se procurer de nouvelles ressources deux moyens : 1° l'augmentation du capital social par la création d'actions nouvelles ; 2° l'emprunt.

Les obligations, c'est le nom qu'on donne aux droits des prêteurs contre la Société et qui procurent à la Société un capital non social qu'elle sera tenue de rembourser dans un certain délai et qui, en réalité, augmente son passif; elles ne donnent pas droit au partage du fonds social.

Les obligations diffèrent des actions à plusieurs points de vue :

(1) Paris, 19 avril 1875. S. 76. 2. 113. D. 75. 2. 161.

1° Elles engendrent un droit de créance contre la Société ; or, à la dissolution de la Société les actionnaires n'ont droit au fonds social qu'après désintéressement de tous les créanciers parmi lesquels se trouvent les obligataires. Les obligataires auront le droit de réclamer le paiement des intérêts et le remboursement de leur créance.

2° Les obligataires ont droit à une somme fixe à l'époque du remboursement : le droit des associés au moment de la dissolution est essentiellement variable.

3° Les obligations donnent droit à un intérêt fixe par année, que la Société ait fait des bénéfices ou ait éprouvé des pertes, il n'y a pas lieu de distinguer : les associés ne peuvent rien réclamer si l'inventaire ne se solde pas par un bénéfice.

4° L'obligataire qui promet de verser une somme à la Société, accomplit un acte civil ; l'actionnaire qui prend un engagement vis-à-vis d'une Société de commerce fait un acte commercial. (1)

5° L'action amortie est transformée en action de jouissance et donne droit aux dividendes : l'obligation remboursée, la Société est complètement libérée.

6° L'obligation étant un prêt, doit nécessai-

(1) Lyon-Caen et Renault. Précis de Droit Commercial. T. I, p. 187. Note 2.

rement être remboursée ; au contraire l'amortissement n'est pas imposé à la Société.

La loi du 11 juin 1880 relative aux chemins de fer d'intérêt local et aux tramways décide, dans son article 18, qu'il ne pourra être émis d'obligations pour une somme supérieure au montant du capital actions. C'est la seule disposition législative qui en France restreint l'émission des obligations : en général donc le capital obligations peut dépasser le capital actions, bien que le second doive servir de gage au premier. L'art. 18 de la loi du 11 juin 1880 édicte une prescription éminemment rationnelle. Mais des considérations pratiques tendent à maintenir cet état de choses : souvent les obligations sont plus recherchées que les actions ; de plus l'émission d'actions nouvelles peut préjudicier aux anciens actionnaires dont les dividendes vont diminuer si les derniers actionnaires ont droit aux bénéfices : l'inconvénient n'est pas aussi grand lorsqu'il s'agit d'obligations, celles-ci donnant droit seulement à un intérêt.

Les actions et les obligations sont indivisibles, c'est-à-dire qu'elles sont insusceptibles de partage vis-à-vis de la Société. Ce principe entraîne plusieurs conséquences : 1° chacun des héritiers d'un actionnaire ou d'un obligataire ne peut réclamer un titre spécial constatant son droit ou sa créance ; 2° il ne peut exiger la part qui lui appartient dans les dividendes ;

3° quand l'action ou l'obligation n'est pas entièrement libérée, la Société peut refuser de recevoir la part d'un des héritiers dans les versements restant à effectuer et exiger un versement intégral. C'est un cas d'indivisibilité solutione tantum (1).

Les mêmes règles devraient s'appliquer si un actionnaire cédait son action à différentes personnes.

(1) Trib. de Comm. de la Seine, 1er mars 1882, et Cour de Paris, 17 mars 1883. J. des Soc. Civ. et Comm., 1883, p. 394.

DEUXIÈME PARTIE

Conditions de Constitution des Sociétés par actions

A quel moment les Sociétés peuvent-elles être considérées comme constituées ? Si l'on s'en tenait à la règle du droit commun, on devrait répondre : à l'instant où est formé le contrat, sauf désignation d'une autre époque (art. 1843. C.C.) Mais la loi de 1867 ne laisse pas aux parties pareille latitude quand il s'agit de la constitution d'une Société en commandite par actions, ou d'une Société anonyme. Comme la loi de 1856 et pour les mêmes motifs elle subordonne la constitution des Sociétés par actions à des conditions multiples auxquelles les parties ne peuvent apporter aucune dérogation. Il faut :

1° Que le capital social ait été souscrit en totalité.

2° Que chaque actionnaire ait versé au moins le quart des actions par lui souscrites.

3° Que la souscription intégrale du capital social et le versement du quart aient été constatés devant notaire par une déclaration du gérant.

4° Que l'évaluation des apports en nature et des avantages particuliers promis aux associés ait été approuvée par une Assemblée générale des actionnaires.

5° Qu'un conseil de surveillance ou des administrateurs et des commissaires de surveillance suivant la nature de la Société, aient été nommés.

6° Que les associés soient au nombre de sept, si la Société est anonyme.

7° Que les formalités de publicité aient été remplies.

CHAPITRE PREMIER

Souscription intégrale du capital social (1)

La souscription est un contrat consensuel, synallagmatique, à titre onéreux, par lequel le souscripteur acquiert tous les droits d'associé moyennant l'engagement qu'il prend envers la Société de payer le montant des actions par lui souscrites pourvu que la Société accepte de le compter parmi ses membres.

La souscription intégrale du capital social était déjà exigée par la loi de 1856. La loi de 1867 en la maintenant a un triple but (2) : pro-

(1) Le capital social est fixé par les statuts. La loi de 1867 n'impose aucune limite au chiffre du capital social ; les fondateurs ont pleine et et entière liberté sur ce point. Il en était autrement sous le régime de la loi du 23 mai 1863, d'après laquelle le capital social ne pouvait excéder vingt millions. La souscription intégrale du capital social et le versement du 1/4 nécessaires pour que la Société puisse se constituer sont une sauvegarde suffisante contre le danger qui pourrait résulter d'une trop grande élévation du capital social. Aux Etats-Unis (New-York) la loi de 1875 impose le maximum de cinq millions de dollars au capital des Sociétés par actions.

(2) Et le nouvean projet de loi voté par le Sénat (art. 3) a raison de la maintenir encore (Officiel. Docum. parl. Ch. des Dép. Mars 1885, p. 59). Projet de loi sur les Sociétés par actions : présenté au Sénat par le gouvernement le 6 décembre 1883 (annexe 72. J. Off. Doc. parl. du Sénat, p. 1097). — Rapport de M. Bozérian le 24 juillet 1884 (annexe 306. J. Off. Doc. parl. p. 338). — 1re délibération les 28, 30 et 31 oct. 1884 ; 2me délibération les 18, 22, 25, 27 et 29 nov. 1884. Adopté par le Sénat. — Projet adopté par le Sénat, présenté à la Chambre des Députés le 2 février 1885 (annexe 3407. J. Off. Doc. parl. p. 58. —

téger les souscripteurs, futurs actionnaires qui prennent pour base de leurs calculs le chiffre du capital de la Société; l'annonce du capital social est en effet une circonstance déterminante de la souscription de chaque actionnaire ; — protéger en second lieu les premiers actionnaires qui sont certains que leurs capitaux ne seront pas employés seuls dans les opérations sociales. La souscription de chaque actionnaire est conditionnelle, elle est subordonnée à cette condition que le capital social sera entièrement souscrit ou plus généralement que la Société arrivera à se constituer ; — enfin la loi empêche par cette exigence les entreprises hasardées, puisque la Société n'est réellement constituée que le jour où l'on est sûr de disposer de tout le capital dont on aura besoin (1). La loi sauvegarde ainsi l'intérêt des souscripteurs, l'intérêt des fondateurs et l'intérêt de la Société et par le fait l'intérêt de tous.

Que décider si le capital social n'est pas entièrement souscrit ? Les fondateurs et les souscripteurs peuvent-ils s'entendre pour réduire d'un commun accord le capital social au mon-

Projet adopté par le Sénat, présenté de nouveau à la Chambre des députés le 26 nov. 1885 (annexe 115. J. Off. Doc. 1886. p. 391. — Propositions diverses : Prop. de MM. A. Boyer et autres le 5 juillet 1886 (annexe 980. J. Off. Doc. 1887, p. 353) à la Chambre des Députés. — Prop. de M. René Brice le 25 oct. 1886 (annexe 1180. J. Off. Doc. 1887, p. 968) à la Chambre des Députés. -- Prop. de M. Thévenet le 28 janvier 1888 (annexe 2328. J. Off. Doc. p. 162) à la Chambre des Députés.

(1) « La souscription intégrale du capital avant la constitution de la Société est vraiment un des signes auxquels on reconnaît qu'une Société est sérieuse » (Rapport de la Commission).

tant des actions déjà souscrites ? Sur cette question comme sur beaucoup d'autres nous rencontrons des opinions diamétralement opposées. Les uns répondent négativement pour le motif suivant. La Société n'étant pas définitivement constituée, il ne peut y avoir d'assemblée générale d'actionnaires : on se trouve en présence de simples souscripteurs qui auront le droit de refuser leur adhésion à la modification proposée, et pourront demander la nullité de leur souscription ; par conséquent la majorité serait absolument impuissante à imposer aux souscripteurs la limite du capital social à la somme réellement versée. Mais il y a plus : l'unanimité des souscripteurs, elle-même, ne pourrait réduire le capital social ; de même encore, s'il avait été stipulé dans les statuts que la majorité des souscripteurs aurait ce droit, cette clause devrait être considérée comme non avenue, parce qu'elle est contraire à une disposition d'ordre public à laquelle ne peuvent déroger les volontés privées. Admettre la validité de pareilles décisions ce serait aller directement contre le but que s'est proposé le législateur, ce serait permettre à une Société de se présenter au public et de passer des actes commerciaux, sans disposer du capital jugé d'abord indispensable pour son fonctionnement. Ce serait favoriser la fraude, encourager le trafic des actions de Sociétés qui n'auraient qu'une existence nominale. (1)

(1) Bédarride. Comm. de la Loi du 24 juillet 1867. Nos 21 et suiv. —

D'autres auteurs pensent, et avec raison croyons-nous, que si la simple majorité des souscripteurs ne peut réduire le capital au montant des actions souscrites, parce qu'il s'agit d'une modification apportée aux conditions de la souscription, l'unanimité des souscripteurs a ce pouvoir. Le même droit appartiendrait à la majorité si les statuts le lui accordaient expressément pour éviter la recherche de l'unanimité bien difficile à obtenir.

Sur le premier point M. Bédarride (N° 24) a pensé que, « en présence de dispositions d'ordre public, l'unanimité des souscripteurs n'a qu'un droit : celui de renoncer au projet de Société, dont le capital n'a pas été entièrement souscrit et de rédiger un nouvel acte, indiquant le capital réduit » (1).

M. Vavasseur répond : « On se demande pourquoi une telle exigence : ne suffirait-il pas par exemple, de faire signer par les souscripteurs le procès-verbal de leur délibération et d'annexer ce procès-verbal à la déclaration notariée à faire par le gérant pour constituer la Société, la liste des souscripteurs et l'état des versements. » L'autre système a aussi pour résultat de multiplier les frais.

M. Bédarride tout en convenant qu'un nouvel

Ruben de Couder. V° Société, § 95. Dict. de droit comm. — Boistel, p. 172. — Rousseau. Soc. Com. T. I, § 1039-1043 : — Paris 24 mars 1859. S. 59. 2. 437. Pont, n° 886. Soc. Commerc.

(1) V. Aussi. Pont, eod. loc.

acte de Société aboutit au même résultat réplique : « A quoi bon cette exigence? Mais pour observer les convenances et rendre à la loi l'hommage qui lui est dû. Pourrait-il être admis que n'ayant pu obéir à ces dispositions, on vînt effrontément prouver qu'on les a tout bonnement mises de côté. La dignité du législateur se concilierait-elle avec l'approbation donnée à une pareille conduite? » Que veut le législateur? Avant tout éviter la fraude, empêcher la fondation des Sociétés véreuses qui durent juste assez de temps pour permettre à quelques adroits filous de faire leur bourse et de se mettre à couvert. Ce danger n'existe pas. Si tous les souscripteurs sont d'accord, si l'extrait de l'acte de Société publié dans un journal d'annonces légales a mentionné le montant réel du capital social (art. 57, L. de 1867) pour que les tiers ne puissent être induits en erreur, le vœu de la loi n'est-il pas rempli? Et alors! Ne serait-il pas plutôt contre le vœu de la loi d'apporter des entraves à la constitution d'une Société qui se trouve dans de telles conditions, si la partie du capital social qui a été souscrite est suffisante pour que la Société fonctionne régulièrement.

Quels motifs peuvent s'opposer à ce que les statuts accordent à la majorité des souscripteurs le droit de réduire le capital social ? Aucun. On ne peut exciper du texte de la loi; l'art. 1 de la loi de 1867 dit que les Sociétés ne peuvent

être définitivement constituées qu'après la souscription de la totalité du capital social; or dans notre cas, le capital social est fixé par les souscripteurs avant la constitution définitive de la Société, et il est souscrit.

Aucun principe général de notre droit français ne défend à des contractants qui s'obligent ensemble et conjointement, de donner par la convention à la majorité le droit d'obliger la minorité. Invoquera-t-on l'esprit de la loi de 1867 ? Mais cette loi accorde à la majorité des actionnaires un pouvoir autrement important,c'est celui d'apprécier les apports en nature et les avantages particuliers réservés aux fondateurs. Ne pourrait-il pas arriver, dans ce dernier cas, surtout lorsque les actionnaires sont peu nombreux, que la majorité, gagnée à prix d'or par les fondateurs, se rendît complice de leur fraude et leur permît de tromper la minorité. La stipulation qui confère un privilège à la majorité au point de vue de la réduction du capital n'est pas une convention sociale : elle est antérieure à la Société qu'elle est destinée à préparer, elle régit une situation transitoire. C'est seulement quand le capital sera réduit qu'on pourra dire qu'il y a souscription intégrale ; dès lors cette clause n'aura plus sa raison d'être dans les statuts, car il faut le remarquer, il ne s'agit nullement d'une réduction de capital pendant la durée de la Société, mais bien d'une réduction de capital *avant* la constitution définitive de la Société. C'est l'acte de souscription qui, à cette époque, fait la loi des

parties : en souscrivant, les souscripteurs adhèrent aux statuts, ils adhèrent en même temps et virtuellement à la clause qui permet la réduction du capital dans des formes déterminées, et qui n'est, comme on l'a dit, qu'une « stipulation transitoire » (1). On objecte que le souscripteur a apposé sa signature au bas du bulletin de souscription sans avoir pris connaissance des statuts ; il ne pouvait prévoir que le capital social était éventuellement réductible. Nous répondons : tant pis pour lui, il suffit qu'il ait pu les connaître, que l'acte se soit trouvé en original au siège social ou qu'il ait circulé dans le public par copies imprimées ou autrement ; sa négligence ne peut pas lui mériter la protection du législateur. Il est lésé : soit ! Mais la lésion n'est pas en général une cause de rescision des conventions. S'il n'y a de la part des fondateurs ni dol ni fraude, son engagement est valable et doit être maintenu (2).

La souscription doit être ferme, c'est-à-dire pure et simple. La souscription conditionnelle, incertaine ou révocable, doit être considérée comme n'existant pas à l'égard des tiers : la

(1) Vavasseur. N° 390.

(2) Vavasseur. Soc. Civ. et Comm., I. N°s 388-391. — Lyon-Caen et Renault. N° 412. — Beudant. Revue Crit., ann. 1870. T. 36, p. 114.

Art. 210 de la Loi allemande. — Lorsque les actions n'ont pas été souscrites en totalité par les fondateurs, le Tribunal de Commerce convoque une assemblée générale des actionnaires pour statuer sur la constitution de la Société. Cette assemblée a lieu sous la direction du Tribunal. Elle entend le rapport de la direction et du conseil de surveillance sur le résultat de l'examen qu'ils ont fait des opérations de fondation de la Société.

défaillance d'une condition apposée à une souscription, par exemple, pourrait faire disparaître une partie du capital social : le gage sur lequel les tiers ont compté serait amoindri ; comme il leur a été promis par les publications légales, on ne peut en distraire une partie par une convention qu'ils n'ont pu connaître. La Société serait censée n'avoir jamais existé par suite du principe de la rétroactivité, puisque à aucune époque on ne pourrait dire qu'il y a eu souscription totale. Même entre associés il ne serait pas admissible que les uns fussent tenus de verser ce qu'ils ont promis à la Société, alors que les autres pourraient se trouver libérés par suite d'un dédit qu'ils auraient stipulé ou de l'évanouissement de la condition mise à leur engagement. Les associés sont liés les uns vis-à-vis des autres, l'engagement de l'un est la condition de l'obligation de l'autre; la souscription incertaine détruit l'égalité qui doit régner entre eux. La loi de 1856, en déclarant les souscripteurs obligés au paiement du montant total de leurs actions nonobstant toute stipulation contraire, a interdit les souscriptions conditionnelles alors même que les statuts les autoriseraient pour toutes les actions. De ce principe on a tiré des conséquences pratiques importantes. Nous en indiquerons quelques-unes.

1° L'employé d'une Société commerciale qui a souscrit des actions en vue et pour la garantie des fonctions qui lui ont été confiées, ne peut refuser d'effectuer le versement de sa sous-

cription même s'il est destitué (1). Plus généralement le souscripteur d'actions ne peut opposer la nullité de sa souscription par le motif que cette souscription n'aurait eu lieu que comme condition accessoire de stipulations principales intervenues entre lui et la Société en formation et que ces conditions n'ont pas été exécutées par la gérance (2).

2° Les statuts ne pourraient porter qu'après le versement d'une partie de l'apport, le complément ne pourrait être exigé qu'autant qu'un bénéfice de tant 0/0 serait réalisé. Il a été jugé que, avant la loi du 17 juillet 1856 (art. 3 de cette loi), cette stipulation était valable et opposable aux tiers comme au gérant, comme n'étant contraire ni à l'essence de la Société en commandite ni à aucun principe d'ordre public, ni à la législation en vigueur, et comme ne renfermant point de condition potestative, pourvu toutefois qu'elle ait été publiée (3).

3° Serait illégale la condition potestative pour les actionnaires, par exemple de n'être engagés qu'après versement total et remise des titres (4).

4° Doit être déclarée nulle la Société dans les statuts de laquelle il est stipulé qu'aussitôt après la constitution de la Société, il sera créé

(1) Paris, 10 janv. 1861. D. 61. 5. 462.
(2) Paris, 9 mai 1868. S. 68. 2. 229. D. 68. 2. 173.
(3) Cass. Req. 12 août 1863. D. 64. 1. 380.
(4) Cass. Req. 27 décembre 1853. D. 54. 1. 142.

des obligations pour rembourser une partie de actions. La souscription des actions devie ainsi conditionnelle (1).

5° Entraînerait la nullité de la Société la clause qui réserverait à un souscripteur le droi de se libérer en abandonnant les versements partiels qu'il a effectués sur son apport. (2) « Pareille stipulation, outre qu'elle aurait pour effet, dit M. Pont, de rendre incertaine cette souscription intégrale du capital dont la loi fait une des conditions nécessaires pour la constitution définitive de la Société, fournirait aux actionnaires un moyen de se libérer et de se dégager les uns vis-à-vis des autres, de l'obligation qu'ils prennent tous en souscrivant, de payer l'entier montant de leurs actions. » (3)

La Société pourrait ainsi être mise dans l'impossibilité de poursuivre le versement intégral, elle serait à la discrétion absolue du souscripteur. La Société réclamerait : en abandonnant ses premiers versements, il pourrait refuser de payer sans qu'on puisse l'inquiéter davantage (4). Cette clause serait nulle à l'égard de toutes les parties. Peut-être pourrait-elle avoir effet comme clause pénale, mais jamais comme dédit.

Il arrive souvent que dans les statuts de

(1) Cass. 22 nov. 1869. D. 70. 1. 22.

(2) Lyon, 9 avril 1856. D. 56. 2. 198. — Cass. 13 août 1856. S. 56. 1. 769. — Contra. Cass. 2 août 1853. D. 54. 5. 709.

(3) Pont, N° 882.

(4) Paris, 9 mai 1868. D. 68. 2. 173.

Sociétés pour ne pas s'exposer à perdre quelque partie du capital souscrit, on insère dans les statuts une clause d'après laquelle la Société pourra faire procéder à la vente des actions non entièrement libérées, si à telle date le complément des apports n'a pas été versé ; de telle façon que le souscripteur ne peut plus être poursuivi que pour la différence (s'il en existe une) entre la somme qu'il devait verser à la Société et la somme obtenue par la vente.

L'actionnaire peut-il s'en prévaloir pour échapper à l'action en paiement de sa mise ? Non, car cette clause a été stipulée dans l'intérêt de la Société qui a le choix ou bien de poursuivre l'exécution de l'obligation principale, ou bien de mettre en vente l'action non libérée. (1) Mais cette clause n'est pas un dédit : quelle différence pourrait-on poser en effet entre la clause de dédit et une condition rendant incertaine la souscription du capital. (2) C'est une garantie pour la Société : la clause ne peut être retournée contre elle.

La loi ne permet pas les *souscriptions par séries*, on ne peut par exemple introduire dans les statuts une stipulation comme celle-ci : Le

(1) Comp. art. 1228. C. C. en matière de clause pénale. — Art. 1184. C. C. action en résolution pour inexécution d'une obligation.

(2) Beudant. Rev. Crit. 1870. T. 36, p. 115. — Rivière. N° 37. — Molinier. N° 552. — Dall. Rep. N° 1158 et suiv. — Lyon, 31 janv. 1840. D. Rep. N° 1341. — Lyon, 9 avril 1856. D. 56. 2, 198.

Contra. Troplong. Soc. N° 179. Paris, 31 mars 1832. S. 32. 2. 541. — Paris, 8 déc. 1840. D. 50. 2. 141. — Paris, 18 août 1851. Rej. 2 août 1853. D. 54. 5. 709.

capital social sera divisé en mille actions de 500 fr. ; deux cent cinquante seulement seront mises en circulation, les autres n'y seront mises que plus tard. En 1856, la Commission du Corps législatif tout en reconnaissant que cette convention pouvait donner lieu à de sérieux abus avait proposé « qu'on subordonnât cette émission à la double condition que le capital primitif fût recouvré en totalité et que l'assemblée générale des actionnaires eût donné une autorisation (1). » Le Conseil d'Etat rejeta cet amendement. L'art. 1er de la loi du 17 juillet 1856 exigea la souscription de la totalité du capital social et le versement par chaque actionnaire du quart au moins du montant des actions par lui souscrites. Or, en cas d'émission d'actions par séries le capital n'est pas intégralement souscrit et aucun versement n'est possible sur les actions non encore émises. La loi de 1867 ayant reproduit la double disposition de l'art. 1er de la loi de 1856, la même solution doit être admise (2).

L'émission par séries peut cependant être une combinaison utile pour une entreprise dont les besoins restreints au début sont susceptibles de s'étendre dans la suite : à ce titre on a critiqué le législateur de l'avoir prohibée. « Une Société, à son origine, ne saurait prévoir le dé-

(1) Rapport de M. Langlais. — Duvergier. Coll. des Lois 1856. T. 56, p. 322.

(2) Rivière Nos 14 et 16. Comment. de la Loi sur les Sociétés. Mathieu et Bourguignat. No 12.

veloppement que prendront ses opérations; fixer à l'avance le capital nécessaire dans toutes les éventualités doit être toujours chose délicate; un capital émissible par séries, c'est-à-dire suivant la progression des besoins, résolvait parfaitement la difficulté et les lois nouvelles en s'opposant absolument à la constitution de la Société avant la souscription intégrale de son capital, ont enlevé à l'industrie un procédé qui a rendu et pouvait rendre encore d'utiles services » (1). M. Beudant (2) estime que le procédé d'émission par séries présentait plus d'un inconvénient dont « le moindre était la possibilité qu'il donnait à des gérants trop entreprenants de faire chanter les actionnaires sous la menace de tout perdre s'ils ne consentaient à souscrire de nouvelles actions. Combien de fois les souscripteurs engagés dans une affaire ne se sont-ils pas vus contraints quelque dépit qu'ils en eussent, de nourrir l'entreprise comme on l'a dit » et il approuve le législateur de 1867 de défendre les souscriptions par séries.

Si un appel de fonds devient nécessaire pendant la durée de la Société il ne pourra avoir lieu qu'avec l'assentiment unanime des associés : il s'agit, en effet, d'une augmentation du capital social, d'un changement apporté aux conditions

(1) Vavasseur. N° 373.
(2) Revue Crit. 1870. T. 36, p. 118.

du contrat ; il y a un moyen de tourner la difficulté, mais il faut le mettre en œuvre dès l'origine de la Société. Les statuts peuvent autoriser l'assemblée générale des actionnaires ou le conseil d'administration à émettre de nouvelles actions quand cela sera nécessaire (1). Ce pouvoir donné à l'assemblée générale pourra parfois avoir pour effet d'écarter les actionnaires peu confiants. Mais élever le capital social à un chiffre supérieur à celui qui est vraiment nécessaire pour la marche des affaires sociales et en exiger le versement à bref délai, ce serait souvent compromettre la constitution de la Société et lui donner la charge d'un capital trop considérable et improductif. Abaisser le chiffre du capital social à la somme strictement nécessaire pour commencer les opérations, c'est arrêter de propos délibéré l'essor de la Société. Appeler seulement une faible partie de ce capital en espaçant les échéances à de trop longs intervalles, c'est retarder longtemps la mise au porteur des actions nominatives, parce que cette mise au porteur, en principe (art. 3), exige le versement intégral. On évite par une simple mention préventive dans les statuts ce double inconvénient (2). Les statuts pourraient aussi permettre à l'assemblée générale d'émettre des obligations.

(1) Lyon-Caen et Renault. N° 415. — Vavasseur. N° 375. Rivière, N° 17. — Troplong. Sociétés. N° 188. — Beudant. Rev. Crit. 1870. T. 36, p. 119. — Alauzet. N° 448.

(2) Lyon-Caen et Renault. N° 415. — Beudant. Rev. Crit. 1870. T. 36, p. 119.

Le capital une fois souscrit en entier ne peut être réduit dans la suite. Le capital social tel qu'il a été fixé par les statuts est affecté en totalité à la garantie des tiers et ne peut être diminué ni directement ni indirectement : ce serait porter atteinte à leur droit. Lorsqu'ils ont souscrit ils ont compté sur les énonciations des statuts, ils ont contracté sous cette condition qu'aucune partie du gage qui leur était promis ne leur serait enlevé. Serait nulle la convention qui libérerait un souscripteur du versement d'une partie de son action sous quelque forme que ce fût ou qui tendrait au remboursement par la Société de tout ou partie des versements qu'il a effectués, (dividendes fictifs, rachat d'actions).

La souscription est définitive et irrévocable. Toute convention contraire serait une violation de l'art. 1 de la loi du 24 juillet 1867 et de l'art. 26 du Code de Commerce aux termes duquel les commanditaires sont tenus jusqu'à concurrence de leur mise. Il a été jugé que la convention par laquelle le gérant ou les administrateurs s'engagent à reprendre les actions à la volonté du souscripteur est nulle. « Tout souscripteur est tenu de faire les versements exigibles aux termes fixés par les statuts, sans pouvoir ni être relevé de cet engagement, ni être admis à se faire restituer les sommes par lui versées ; il répugnerait à la nature même du contrat de Société que le gérant auquel préci-

sément mandat est virtuellement donné par les commanditaires à l'effet de les obliger jusqu'à concurrence des fonds par eux versés ou promis, pût modifier les conditions sur la foi desquelles s'est établi le crédit de la Société, au moyen de conventions avec l'un ou plusieurs des associés, sur la restitution de la mise versée ou l'exonération de la mise à verser par ces derniers dans l'actif de la Société. » (1)

Une réduction du capital même votée par l'assemblée générale ne peut être valable à l'égard de tous les associés que si tous l'ont adoptée à l'unanimité, à moins de clause spéciale dans les statuts. La réduction du capital social n'est opposable aux tiers qu'à partir de sa publication.

Les cessionnaires d'actions ne peuvent invoquer contre les créanciers sociaux la nullité d'une vente ayant pour effet de réduire le capital social qu'une Société aurait consentie de ses propres actions non libérées ; ils sont obligés comme détenteurs d'actions de faire les versements destinés à libérer ces actions « les créanciers ayant droit, dit la Cour de Cassation, à l'intégralité du capital social tel qu'il a été constitué par les statuts » (2).

Les cessionnaires d'actions non entièrement

(1) Cassation 6 nov. 1865. S. 66. 1. 09, — Pont. N° 883. — Paris. 3 juin 1856. J. des Tribun. de Comm. T. 5, p. 475. — Seine, 8 et 19 avril, 1859. J. des Tribun. de Comm. T. 8, 406. — Paris, 1r février 1861. J. des Tribun. de Comm. T. 10, 314, 11 juillet 1861, ibid : T. 10, 428..

(2) Cassation, 3 janv. 1887. D. 87. 1. 406.

libérées d'une Société dont le capital a été réduit en vertu d'une délibération de l'Assemblée générale sont tenus vis-à-vis des créanciers sociaux, après l'annulation de la délibération de l'assemblée générale, de verser le complément de leurs actions, calculé d'après le taux qui a été fixé à l'origine de la Société et non d'après le taux qui résulterait de la réduction.

On a soutenu de même la validité de la souscription faite par une Société de ses propres actions, lors de l'émission nouvelle pour l'augmentation du capital social. Nous ne partageons pas cette opinion. Nous ne croyons pas non plus à la validité du rachat d'actions opéré par le gérant sur le capital social lui-même. Dans la discussion même de la loi de 1867, M. Duvergier, orateur du Gouvernement, a exprimé cette opinion que souvent « rien n'est plus honnête et plus légitime que l'emploi par la Société des fonds qui étaient inactifs dans sa caisse, au rachat de ses actions (1). » Il suppose que l'état des affaires sociales étant prospère, le gérant ou les administrateurs ne voulant pas conserver un capital improductif en font emploi, et, au lieu d'acheter des valeurs quelconques retirent de la circulation un certain nombre d'actions de la Société dont ils ont la direction. Mais il n'en est pas toujours ainsi et la jurisprudence n'a eu à se prononcer jus-

(1) Collection des Lois. Duvergier 1867. T. 67, p. 279.

qu'aujourd'hui que sur des cas moins brillants. Il arrive plus souvent qu'une Société ayant plus de passif que d'actif cherche à se maintenir en organisant elle-même la hausse et la baisse de ses actions, et, vivant ainsi d'une vie factice, prolonge de quelques mois son existence. On a même proposé de punir ces spéculations (1).

Quels sont les arguments du premier système? On dit que l'achat ou le rachat par la Société de ses propres actions ne cause de préjudice à personne, ce n'est qu'une transformation du capital ; c'est un placement d'argent de la Société sur elle-même. La Société reprend ses actions pour les mettre en portefeuille avec l'intention de les revendre quand elle le jugera utile : le fonds social n'est pas réduit parce que les titres représentent une valeur susceptible de rentrer dans le commerce à tout moment. Ce rachat des actions peut être un excellent moyen de légitime défense contre les Sociétés rivales, pour maintenir le cours des actions. L'amendement qui tendait à frapper de pénalités le gérant qui avait contribué au rachat d'actions a été repoussé. (2) Cela prouve que le rachat d'actions n'est pas prohibé.

Mais on répond que par ces rachats on élève le cours des actions à des proportions au-dessus

(1) Amendement Fabre qui proposait d'ajouter à l'art. 15 de la Loi du 24 juillet 1867 un paragraphe ainsi conçu : Sont punis des peines de l'escroquerie « les gérants qui ont employé une partie quelconque du capital à l'achat des actions émises ».

(2) Mathieu et Bourguignat, N° 151. — Pont, N° 1444.

de toute réalité, au détriment des créanciers et des actionnaires eux-mêmes dont le capital social est la garantie. Ce moyen peut aussi n'être de la part des gérants qu'une manœuvre habile pour se constituer une majorité dans les assemblées d'actionnaires, et à ce titre, il est encore dangereux.

Au point de vue juridique, nous devons nous demander en quoi se résout cette opération. Si l'on pénètre au fond des choses, on peut remarquer qu'il y a là une dissolution partielle de la Société entre l'associé vendeur et la Société : les associés ont bien la faculté de se substituer d'autres associés ; mais le transfert ne peut avoir lieu au profit de la Société, parce qu'alors il y a confusion entre les droits de la Société et les droits de l'actionnaire, en même temps qu'il y a réduction de l'actif social qui répond du passif, remboursement partiel, diminution du gage des créanciers sociaux : l'associé vendeur s'éclipse et n'est remplacé par personne.

Lorsque les actions ne sont pas complètement libérées le rachat des actions par la Société équivaudrait à la libération des souscripteurs.

Le titre racheté est conservé il est vrai, mais il perd toute sa valeur : il existe matériellement, rien de plus. « Ce titre, c'était une part de la copropriété sociale, dit M. Vavasseur ; la Société ne peut devenir copropriétaire ni associée avec elle-même. » (1). Si la Société revend, il y a

(1) Vavasseur. Soc. Civ. et Com. I. N° 383.

alors en réalité une émission nouvelle après violation d'une des conditions de la loi qui veut, pendant toute la durée de la Société, le maintien intégral du capital social.

Le rachat des actions par une Société est à la fois contraire aux art. 1855 C.C. 1 et 24 de la loi de 1867. Les associés pourraient reprendre d'une main ce qu'ils ont donné de l'autre : les formalités prescrites par la loi deviendraient un véritable leurre.

De ce que le rachat d'actions par le gérant ou les administrateurs est exempt de pénalités, on ne peut conclure que la loi l'autorise : il est vrai que la loi ne le défend pas en termes exprès, mais il ne suit pas de là qu'il soit permis. Ce procédé est contraire au but général de la loi, il aboutit à une réduction du capital et cela doit suffire pour que la nullité soit prononcée. Le passage des travaux préparatoires que l'on invoque ne prouve qu'une seule chose : l'impossibilité de frapper d'une peine quelconque le rachat des actions, mais il ne résulte pas nécessairement de ce que cette opération échappe à la sanction de la loi pénale, qu'elle ne soit pas prohibée par la loi civile (1).

(1) Cass. 18 fév. 1868. S. 68. 1. 241 et la note. — Cass. 14 déc. 1869, D. P. 70. 1. 179. — Riom, 22 février 1870. Sir. 70. 2. 210. — Bourges. 26 déc. 1870. D. 72. 2. 222. — Paris, 2 juin 1876. S. 79. 2. 33. — Cass. 2 juill. 1878. S. 81. 1. 411. — Paris, 13 nov. 1880.— Grenoble, 26 janv. 1881. D. 82. 2. 143. — Orléans, 5 août 1882. D. 84. 2. 31. — Paris, 22 juill. 1886. D. 87. 2. 73. — Paris, 5 mars 1887. D. 87. 2. 205. — Mathieu et Bourguignat. Comm. de la Loi du 24 juillet 1867. N° 151. — Alauzet. 2e édition. T. I, n° 450.— Lyon-Caen et Renault. N° 412.— Ruben de Couder. V° Soc. en Com. N° 94. — Rousseau. N° 1052 et suiv. — Beudant,

La même solution serait applicable au cas où une Société qui émet de nouvelles actions pour augmenter son capital souscrirait ses propres actions. — « L'action étant une part dans un ensemble de biens mis en commun, n'existe en fait et en droit qu'à la condition d'entrer dans un patrimoine distinct de celui de la communauté. » (1) Il n'y a dans cette opération qu'un virement d'écritures sans qu'il y ait augmentation de l'actif : à moins toutefois, d'après la jurisprudence, que la Société n'arrive à vendre les actions qu'elle a souscrites dans une période de hausse et ne gagne ainsi la prime, c'est-à-dire dans notre espèce la différence entre le taux d'émission et le prix de vente. L'augmentation du capital social annoncée ne serait pas réelle et n'aurait rien d'effectif. Cela équivaudrait à une réduction.

D'où il suit : 1° que pareille convention nulle d'une nullité absolue à l'égard des associés et à l'égard des tiers comme contraire à la nature même de la Société par actions, recevrait vainement l'approbation ou la ratification soit du conseil de surveillance soit de l'assemblée générale des actionnaires. (2)

2° Que l'associé vendeur doit rendre le prix qu'il a touché ; de plus il reste tenu du versement des sommes qu'il pourrait encore devoir pour la

Rev. Crit. 1870. T. 36, p. 123 et suiv.—Boistel. P. 177.—Lyon-Caen. Note sous Caen, 11 mai 1880. —Paris, 4 février 1881. S. 82. 2. 121.

(1) Paris, 19 mars 1883. sous Cass. 23 juin 1883. D. 83. 1. 425.

(2) Cass. 18 février 1868. S. 68. 1. 241. — Bourges, 26 déc. 1870. S. 70. 2. 318.

libération de ses actions, même s'il était de bonne foi quand il a vendu, c'est-à-dire même s'il a ignoré que l'acheteur était la Société; l'opération est considérée comme non avenue (1) et le remboursement pourrait être poursuivi par les syndics de la Société tombée en faillite (2).

Les tiers auxquels la Société aurait revendu les actions ne devenant pas associés, pourraient réclamer au gérant le prix des actions qu'ils ont payé.

On soutient cependant que le rachat des actions n'est pas nul quand l'actionnaire vendeur est de bonne foi. Le vendeur a ignoré le nom de son acheteur, soit parce que l'opération a été faite par intermédiaire d'agent de change, soit parce qu'elle a été faite par personne interposée. Sera-t-il soumis à toutes les conséquences de la nullité? Non, dit-on, ce serait d'une sévérité excessive. Il y a intérêt à ce qu'il n'en soit pas ainsi; l'autre opinion détruit toute sécurité dans les négociations d'actions. Elle n'est pas moins contraire aux principes. En effet, l'action qui appartient aux créanciers n'est autre que l'action paulienne ou révocatoire, et cette action ne peut être exercée par les créanciers contre les tiers, lorsque l'acte est à titre onéreux, que si les tiers qui y ont participé étaient de mauvaise foi.

(1) Paris, 5 mars 1887. D. 87. 2. 205.
(2) Cass. 6 nov. 1865. S. 66. 1. 109.

Le premier motif invoqué par les partisans de la validité ne devrait être pris en considération qu'en législation. Si l'on se place sur le terrain purement juridique, l'argument qu'on invoque ne nous paraît pas plus exact : Les créanciers sociaux n'exercent pas l'action de l'art. 1167, ils ont une autre action directe pour forcer les actionnaires à verser le capital qu'ils ont promis à la Société, qu'ils ont effectivement versé mais qui leur a été restitué ; cette action a été qualifiée d'action en *recomblement* (1).

Les actionnaires ne devront pas être admis à opposer leur bonne foi, à prétendre qu'il y a eu vente et que la seule action possible est l'action de l'art. 1167. Les actionnaires sont responsables de la faute et de la fraude commise par le gérant ou les administrateurs : ils devaient mieux choisir leur mandataires, mieux placer leur confiance. On a essayé de répondre que le gérant ou les administrateurs sont des représentants collectifs et que dans l'hypothèse un seul actionnaire est en cause (2). Mais cela importe peu : par le fait même qu'ils rachètent des actions de la Société, le gérant ou les administrateurs encourent une responsabilité dont tous les actionnaires et chacun d'eux sont responsables, l'actionnaire ne peut être admis pour faire tomber l'action des créanciers sociaux, à se

(1) Lyon-Caen. Note sous Caen, 11 mai 1880. S. 82. 2. 121.
(2) Thaller. Rev. Crit. 1883. P. 347 et suiv.

prévaloir d'une faute de son mandataire, et dès lors l'intérêt du créancier doit primer l'intérêt de l'actionnaire. Les actionnaires de bonne foi qui éprouvent un préjudice par suite du rachat ont un recours contre le gérant ou les administrateurs qui en sont la cause et contre l'agent de change, quand il a connu le véritable acheteur (1).

3° Si la Société a souffert un préjudice le gérant est tenu de le réparer.

4° Les membres du conseil de surveillance qui ont connu le rachat d'actions, ne l'ont point empêché ou l'ont approuvé, peuvent être déclarés garants vis-à-vis des tiers de la restitution par les actionnaires remboursés de ce qu'ils ont touché sur le capital social.

5° L'actionnaire serait tenu de rapporter les sommes qui lui ont été versées à titre de remboursement d'une partie de ses actions quand le remboursement, au lieu de s'effectuer sur l'excédant du capital social à un taux déterminé par de nouveaux statuts s'est en réalité effectué sur le capital lui-même (2).

Quand il y a eu réduction du capital social, qui a le droit de se prévaloir de la nullité de la délibération de l'assemblée générale ou des opérations de rachat? Ce sont les créanciers sociaux à qui la diminution du capital cause

(1) Lyon-Caen, note sous Caen 11 mai 1880. Paris, 4 fév. 1881. S. 82. 2. 121.

(2) Cass. 3 août 1875. S. 75. 1. 425.

préjudice (1) ; ils pourront forcer les associés à verser le montant complet de leur mise tel qu'il avait été arrêté par les statuts.

Cependant la Cour de Cassation a décidé que l'action en nullité pour rachat d'actions est couverte si l'action rachetée est revendue au pair : le déficit produit momentanément a disparu par suite de la négociation des titres, la diminution du capital social n'a été que temporaire, la cause de la nullité n'existe plus (2). On a conclu de là que le maintien de l'intégrité du capital social étant la seule chose à sauvegarder, 1° si les actions ont été revendues au pair les créanciers sociaux ne seront plus admis à répétition *faute d'intérêt ;* 2° Dans le cas où la Société, après avoir racheté ses propres actions les revendrait à un prix inférieur, les souscripteurs ou les premiers associés vendeurs, s'ils sont de bonne foi, ne seraient tenus de rembourser que la différence (3).

La Société peut, d'après la jurisprudence, consentir valablement une opération de report c'est-à-dire acheter ses actions au comptant et les revendre à terme : et la Cour de Lyon a déclaré licite le rachat fait par une Société de ses propres actions à la suite de cette opération lorsque le reporté se trouvant dans l'im-

(1) Cass. 22 nov. 1869. D. 70. 1. 23.

(2) Cassat. 11 déc. 1866. S. 68. 1. 119.

(3) Note sous l'arr. de Cass. du 18 févr. 1868. S. 68. 1. 241. — Vavasseur, N° 385, — Thaller. Rev. Crit. 1883. P. 847 et suiv.

possibilité de lever les titres les lui a rétrocédés (1).

On a posé la question de savoir si le rachat des actions par la Société était valable dans le cas où, au lieu de s'opérer sur le capital social, il s'opérait sur le fonds de réserve ou sur les bénéfices. *A l'égard des tiers* il paraît certain qu'il est licite puisque le capital social reste intact. Les tiers ne peuvent se plaindre de ce que la Société est dissoute à l'égard d'un ou de quelques associés si leur gage ne reçoit de ce fait aucune atteinte. Le maintien du fonds de réserve est, à vrai dire, obligatoire dans les Sociétés anonymes et il l'est aussi le plus souvent dans les Sociétés en commandite, mais cette obligation n'est imposée ou contractée qu'en faveur des associés pour parer à certaines éventualités fâcheuses et non en faveur des tiers.

A l'égard des associés a-t-on dit, la situation des associés est modifiée. L'augmentation de leurs droits dans le fonds social a pour corrélatif une diminution de leurs droits dans le fonds de réserve ; c'est une atteinte portée au contrat de Société lui-même. Il est hors des attributions et des pouvoirs du gérant et des administrateurs d'opérer de pareils changements : ils auraient besoin d'une autorisation donnée par l'unanimité des associés ou par les statuts (2).

(1) Lyon, 30 mars 1886. D. 87. 2. 205.
(2) Vavasseur. Soc. Civ. et Comm. N° 386.

Nous ne partageons pas cette opinion. La loi n'a pas dit comment il devrait être fait emploi du fonds de réserve, elle le rend obligatoire dans les Sociétés anonymes et rien de plus : elle ne défend pas de l'employer à amortir les actions. Il suffira que les gérants ou les administrateurs soient autorisés par les statuts ou par une délibération de l'assemblée générale à procéder à l'amortissement par voie de rachat.

Il ne faut pas confondre, le rachat avec l'amortissement. Il peut être stipulé comme nous l'avons vu, ou il peut être décidé par l'unanimité des actionnaires que chaque année une somme sera prélevée sur les bénéfices pour reprendre un certain nombre d'actions : cette combinaison a pour effet de réserver à la Société seule la propriété exclusive d'une partie du capital social et de la dispenser de payer les intérêts des sommes remboursées. L'amortissement se fait avec les bénéfices, il a lieu dans l'intérêt de ceux qui restent actionnaires, il diminue les droits des tiers, c'est-à-dire des actionnaires remboursés, sur le capital, il annule les actions amorties avec cette réserve toutefois qu'elles peuvent devenir actions de jouissance. L'achat se fait avec le capital social et le réduit, l'amortissement rend la société propriétaire des actions qu'elle a émises et lui donne droit au dividende. Quant aux créanciers, l'amortissement ne diminuant en rien le capital social ils ne peuvent s'opposer à ce

qu'il ait lieu ni le critiquer lorsqu'il est définitif (1).

L'*amortissement* a lieu soit pour la totalité, soit pour une partie des actions et il peut se faire soit sur les bénéfices annuels, soit sur le fonds de réserve, suivant les termes de la décision prise par l'Assemblée générale. L'amortissement sera définitif (c'est ce qui arrivera en cas de rachat) ou donnera droit à des actions de jouissance. La publication de l'amortissement ne serait pas nécessaire dans ce dernier cas puisqu'il n'y a ni réduction du capital, ni retraite d'associés.

Le nouveau projet de loi sur les Sociétés (art. 33) interdit aux Sociétés d'acheter leurs propres actions sauf dans deux cas :

1° Lorsque le rachat est fait pour un amortissement prévu par les statuts.

L'amortissement par voie de rachat présente deux avantages. D'abord ceux dont les actions ont été rachetées ne participent plus à la distribution de dividendes; en second lieu quand le cours des actions est au-dessous du pair, l'amortissement se fait dans des conditions bien meilleures pour la Société.

2° Lorsque le rachat se faisant en vue d'une réduction du capital social, toutes les conditions et formalités prescrites pour cette réduction ont été remplies. Les titres d'actions rachetées doivent être annulés. Si, en dehors des deux cas prévus par la loi et contrairement à la défense

(1) Contra. Paris, 19 mars 1883, sous Cass. 23 juin 1883. D. 83. 1. 425.

de l'art. 33, des actions ont été rachetées par la Société, la nullité ne peut être prononcée que si l'acheteur a été de mauvaise foi ; mais les administrateurs sont responsables dans tous les cas envers la Société, des conséquences de cette opération, soit qu'ils l'aient faite eux-mêmes, soit qu'ils l'aient simplement autorisée (art. 34).

De ce que le rachat par une Société de ses propres actions est impossible, faut-il conclure que le gérant d'une Société en commandite ne peut ni souscrire des actions pour son compte personnel, ni en acheter ?

Premier Système. — La négative s'appuie sur les considérations suivantes :

Les souscripteurs doivent être sérieux : or dans l'hypothèse le gérant va devenir son propre commanditaire. Les tiers ont dû compter d'abord sur la totalité de la commandite et ensuite sur la fortune personnelle du gérant: la souscription du gérant va diminuer l'un de ces deux gages. Les tiers se trouvent induits en erreur en ce que sa solvabilité est diminuée du montant des valeurs par lui souscrites. Il en serait de même dans le cas d'achat. On a tiré de là cette conséquence : si les tiers ont souffert un préjudice par suite de cette combinaison autorisée par les commanditaires, ceux-ci par le fait desquels il a été subi, seront responsables en vertu de l'art. 1382 du Code Civil (1).

(1) Alauzet. N° 449. — Molinier. N° 524. — Frémery. T. I, p. 54.

Deuxième Système. — La majorité des auteurs admet l'affirmative. Nulle part la loi ne frappe le gérant de l'incapacité de souscrire ou d'acquérir des actions de la Société dont il fait déjà partie à titre de commandité. Spécialement en cas d'acquisition par le gérant d'actions non libérées pendant la durée de la Société les tiers n'ont rien à craindre, les souscripteurs primitifs restant responsables des versements à effectuer dans la mesure fixée par la loi (art. 3, loi de 1867).

Pourquoi le gérant administrant sa fortune personnelle ne pourrait-il se rendre cessionnaire d'actions de la Societé. Si le gérant est un souscripteur sérieux, si le gérant n'a souscrit qu'un petit nombre d'actions, s'il n'y a pas fraude, si l'opération ne cache pas le remboursement d'un actionnaire (1), pourquoi la cession ne serait-elle pas maintenue? Principalement en ce qui concerne la souscription le premier système doit être rejeté. En effet, d'après l'art. 1er, L. du 24 juillet 1867, la liste des souscripteurs doit être annexée à la déclaration du gérant dans un acte notarié : les tiers peuvent facilement savoir si le gérant a souscrit des action- et en connaître le nombre.

Toutefois M. Vavasseur (2) n'admet cette solution que dans le cas où les actions souscrites

(1) Paris, 16 janv. 1862. D. 1862. 2. 184.

(2) N° 379. Dans le même sens Lescœur. N° 268.

par le gérant ont été libérées par lui en totalité, par exemple comme cautionnement de sa gestion..... Si ce droit lui était reconnu, sans restriction, rien n'empêcherait le gérant d'élever sa souscription jusqu'à la moitié, jusqu'aux deux tiers du capital social, parce que les tiers ont pu consulter la liste des souscripteurs, ce serait un moyen de tourner la loi qui exige la souscription intégrale du capital! Une mesure prise par la loi en faveur des tiers se retournerait si facilement contre eux! M. Beudant (1) repousse cette restriction au droit commun comme arbitraire (2).

Les lois de 1856 et de 1867 prohibent-elles les actions de prime?

Les actions de prime sont celles qui sont données gratuitement en échange de services rendus à la Société principalement au moment de sa fondation.

Des auteurs croient à la légalité d'une manière générale des actions de prime : le texte de l'art. 1er de la loi de 1867 n'en défend pas formellement la création : il est probable que le législateur a voulu respecter un ancien usage qui les autorisait et que la pratique commerciale a consacré (3).

(1) Revue Crit. 1870. T. 36, p. 127.

(2) Vavasseur. N° 379. — Fremery. P. 54 et suiv. — Dalloz. Rep. V° Société. N° 1162. — Lyon-Caen et Renault. N° 412 et page 209, Note 2.

(3) Rivière. N° 18. — Dalloz. Rép. V° Société. N° 1182. Ameline. Rev. prat. T. 24, p. 349.

D'autres les défendent absolument : la loi exige la souscription de la totalité du capital social et la délivrance d'actions de prime aboutit à une diminution du capital ; l'opinion précédente est contraire à la fois au texte et à l'esprit de la loi.

Rien n'empêche, disent ces auteurs, de rémunérer en argent les services rendus, et si ces services sont appréciables en argent pourquoi ne pas les considérer comme des apports en nature qui seraient soumis à l'approbation de l'assemblée générale, après évaluation. (1)

MM. Lyon-Caen et Renault professent une opinion mixte. Ils distinguent suivant que les actions de prime constituent ou ne constituent pas une division du capital social : dans le premier cas elles sont prohibées, dans le second elles sont permises. Ils donnent l'exemple suivant.

Une Société se constitue au capital de 200.000 fr. divisé en 200 actions de 100 fr. Les statuts portent que 200 actions seront attribuées à telles et telles personnes sans qu'elles soient tenues d'aucun versement. L'émission de ces 200 actions dans ces conditions est illicite parce que le capital social ne pourra jamais être souscrit en totalité.

Il en serait autrement si cette Société se constituait au capital de 180.000 fr. divisé en 1800 actions avec cette clause dans les statuts

(1) Alauzet. N. 639. — Vavasseur. Soc. par act. N° 48. — Beudant. Rev. Crit. T. 36, p. 115. Ann. 1870. — Lescœur. N° 269.

qu'il sera de plus créé 200 actions de prime qui ne contribueront pas à la formation du capital social. L'émission des actions de capital pouvant être couverte par les souscriptions, on ne voit pas bien pourquoi dans cette seconde hypothèse, les actions de prime seraient défendues. Cette doctrine nous paraît très rationnelle.

A partir de quel moment la Société doit-elle être considérée comme nulle pour défaut de souscription intégrale ?

Si un délai a été fixé par les statuts, l'expiration du délai entraînera de plein droit la nullité. Si aucun délai n'a été stipulé il faut s'adresser à la justice qui fixera par jugement l'époque à laquelle il faut reporter la nullité.

Lorsqu'une Société en commandite par actions ou une Société anonyme est en voie de formation, les fondateurs font entre eux un traité préparatoire qui détermine quels seront leurs droits dans la Société qu'ils veulent constituer, ils rédigent les statuts qui doivent devenir l'acte de Société, puis ils font appel au public en ouvrant une souscription. A quel moment le lien contractuel se forme-t-il ? La réponse serait en droit commun, au moment où le bulletin revient aux fondateurs. C'est la solution conforme aux principes. Mais la jurisprudence retarde la formation du contrat jusqu'au jour où l'actionnaire a reçu avis de l'acceptation de sa souscription ; jusque-là il n'y a qu'une simple pollicitation

parce que le souscripteur peut conserver des doutes sur la réalité de son engagement, sur sa situation d'actionnaire. Il peut se faire que sa souscription ne soit pas acceptée ou bien qu'elle ne le soit qu'en partie ; en effet, si la souscription est plusieurs fois couverte, plus généralement si la demande dépasse l'offre, il faudra ou bien réduire au marc le franc toutes les adhésions, ou bien refuser celles qui sont postérieures au jour où le capital demandé a été fourni en réduisant celles qui étaient antérieures au marc le franc (1). Il s'agit d'un contrat synallagmatique qui exige le concours de volontés, et il faut pour que le concours des volontés soit certain qu'il soit constaté (2).

Généralement pour éviter les difficultés qui pourraient se produire à ce sujet, les bulletins de souscription au lieu d'être rédigés dans la forme unilatérale sont faits en double original et ils sont signés à la fois par le gérant ou son mandataire et par le souscripteur. La notification peut être faite par lettre missive spéciale à la charge de prouver que cette lettre est arrivée à destination (3) ; une circulaire préparée pour notifier l'acceptation, n'aurait d'effet qu'à la même condition (4).

Mais l'acceptation ne saurait s'induire du

(1) Boistel P. 155.
(2) Paris, 16 nov. 1853. D. 55. 2. 126. Paris, 11 janv. 1854. D. 54. 2. 139
(3) Paris, 11 janv. 1854. S. 54. 2. 136.
(4) Même arrêt.

visa apposé sur les lettres par le gérant, ni des inscriptions sans date, ni des indications de noms mises sur les registres de la Société (1).

Serait valable au contraire et obligatoire la souscription d'actions faite entre les mains d'un mandataire verbal de la Société alors surtout que cette souscription a été depuis ratifiée par la Société (art. 1985, C. C.) (2).

Cependant le fait par une personne de laisser sans réponse une lettre d'un banquier lui donnant avis qu'elle a été portée pour une ou plusieurs actions sur la liste des souscripteurs ne l'engage pas (3).

La souscription d'actions étant un contrat, est soumise aux causes générales de nullité des contrats ; par conséquent la souscription obtenue dolosivement est annulable pour dol, pourvu toutefois qu'il soit évident que sans les manœuvres employées le souscripteur n'aurait pas contracté (art. 1116, C. C.). Ainsi une souscription d'actions ne peut être annulée pour cause de dol, par ce motif que les prospectus qui l'annonçaient renfermaient des allégations mensongères, s'il est prouvé que ces allégations n'ont pas exercé une influence décisive sur l'esprit

(1) Paris, 17 avril 1852. S. 52. 2. 206.

(2) Cass. 14 mars 1860. D. 60. 1. 258. — Cass. 12 nov. 1867. D. 67. 1. 408. — D'une façon générale, nous croyons que la loi de 1867, n'ayant imposé aucune forme spéciale pour constater l'engagement des souscripteurs d'actions (Paris, 18 mars 1887. D. 88. 2. 129), la preuve par témoins et la preuve par présomptions devraient être admises pour établir le fait de la souscription.

(3) Cass. 25 mai. 70. D. 70. 1. 257.

des souscripteurs (1), et s'il est prouvé que les souscripteurs avaient les moyens de vérifier les faits annoncés.

La nullité pour cause de dol n'est pas opposable aux créanciers sociaux. Le souscripteur ne s'oblige pas seulement vis-à-vis de la Société, il s'oblige encore vis-à-vis des créanciers de la Société : le capital social est leur garantie et ils ont une action directe contre le souscripteur pour le forcer à opérer le versement de sa mise.

Pour que le dol soit une cause de nullité il faut qu'il ait été pratiqué par l'une des parties contre l'autre. Or, par rapport aux créanciers le gérant ou les fondateurs auteurs du dol sont des tiers. Il serait injuste que les créanciers aient à souffrir d'un dol qu'ils n'ont pas commis. Le souscripteur serait donc tenu de répondre à ses engagements, sauf recours en indemnité contre le gérant (2).

Pour éviter toute surprise et tout malentendu, l'art. 4 du nouveau projet de loi voté par le Sénat exige que tout bulletin de souscription contienne : 1° l'indication sommaire de l'objet de la Société; 2° le montant du capital social; 3° la partie du capital social représentée par des apports en nature; 4° la partie du capital social à réaliser en espèces; 5° les avantages particuliers réservés

(1) Paris, 29 janv. 1862. Cass. rej. 14 juill. 1862. D. 62. 1. 429.
(2) Cass. 10 février 1868. D. 68.1.379.

aux fondateurs ou à toute autre personne; 6° la date de la publication du projet d'acte de Société au Bulletin prévu par l'art. 63.

Législations étrangères

La souscription intégrale du capital social est aussi considérée comme une condition constitutive de la Société.

1° Par la *loi belge* (Art. 29. — Disposition de la loi du 22 mai 1886). Quand la constitution de la Société a lieu au moyen de souscriptions, l'acte de société doit être préalablement publié à titre de projet. « Les souscriptions doivent être faites en double et indiquer : la date de l'acte authentique de société et de sa publication, l'objet de la Société, le capital social et le nombre d'actions, les apports et les conditions auxquelles ils sont faits, les avantages particuliers attribués aux fondateurs ; le versement sur chaque action d'un dixième au moins sur la souscription. » Les souscriptions doivent contenir convocation des souscripteurs à une assemblée qui sera tenue dans les trois mois pour la constitution définitive de la Société.

2° Par la *loi allemande* (Art. 209 e pour les Sociétés anonymes, 175 e pour les Sociétés en commandite par actions). Les bulletins de souscription doivent être signés en double, indiquer la date

des statuts, l'objet de l'entreprise, les noms, état et domicile des fondateurs, le prix de l'émission, la date au-delà de laquelle le souscripteur cessera d'être tenu faute de constitution de la Société dans le délai fixé.

3° Par la *loi italienne*. — Des règles spéciales sont à observer quand la constitution de la Société a lieu par voie de souscription publique. Un *programme* indiquant le but de la Société, son capital, etc., et contenant un projet de statuts est dressé par les promoteurs de la Société (promotori-fondateurs). Les souscriptions se font sur des feuilles prospectus portant ce programme, ou par correspondance. Dans tous les cas elles doivent être certifiées par un notaire.

Lorsque les souscriptions ont été recueillies, les fondateurs publient dans le Journal Officiel un avis indiquant le délai accordé aux souscripteurs pour les versements. Les versements sont faits à la caisse des dépôts et prêts ou à une banque d'émission légalement constituée. Les sommes déposées ne sont remises qu'aux administrateurs nommés après la justification de la publicité de la Société, et les fondateurs ne peuvent en retenir aucune partie.

4° Par la *loi suisse*. — Les souscriptions d'actions ne sont valablement faites que par une déclaration écrite se référant aux statuts.

En ce qui concerne spécialement le **rachat des actions :**

L'article 628 de la *loi suisse* interdit aux Sociétés anonymes d'acquérir leurs propres actions. Cette acquisition est autorisée dans quatre cas :

1° Lorsque l'achat a pour objet un amortissement prévu par les statuts ;

2° Lorsque l'achat est fait en vue du remboursement partiel du capital social ;

3° Lorsque l'acquisition est la conséquence de poursuites faites par la Société en vue d'obtenir paiement de ses créances. Les Sociétés peuvent recevoir leurs actions à titre de dation en paiement de créances qu'elles ont sur leurs actionnaires ;

4° Lorsque l'achat se rattache à une catégorie d'opérations rentrant d'après les statuts dans l'objet de l'entreprise.

Dans les deux premiers cas, les actions qui ont été rachetées doivent être immédiatement rendues impropres à toute aliénation dans l'avenir.

Dans le troisième et le quatrième cas, les actions doivent être revendues à bref délai. — Le rapport annuel doit signaler les acquisitions et les reventes. Si des actions ont été rachetées par une Société, elles ne peuvent être représentées dans les assemblées générales.

Le Code Espagnol de 1885 défend aux Sociétés

le rachat de leurs actions sauf dans le cas où le rachat a pour but de les amortir au moyen de bénéfices. Il porte aussi interdiction formelle même de prêter sur nantissement de titres. (Art. 166 et 167).

Le Code Italien pose la même règle : l'art. 144 prohibe l'achat par la Société de ses propres actions, sauf le cas où il serait autorisé par l'assemblée générale, où il se ferait au moyen de bénéfices et porterait sur des actions entièrement libérées. — Mais les administrateurs ne peuvent dans aucun cas et pour aucune raison prêter sur nantissement des actions de la Société.

Suivant l'art. 184 de la *Loi Allemande* du 18 juillet 1884 : « Il est défendu à la Société d'acheter ses propres actions à moins qu'il ne s'agisse d'une Commission d'achat; il lui est également interdit de prêter sur ses actions. »

CHAPITRE DEUXIÈME

Versement du quart sur chaque action (1)

En établissant cette condition à la constitution des Sociétés en commandite par actions et des Sociétés anonymes, le législateur de 1867 a voulu leur assurer un caractère sérieux: il importe, en effet, qu'elles soient formées par des personnes solvables. Son but est d'écarter les souscripteurs fictifs, les coureurs de primes dont le but est de spéculer sur les actions dès le début de la Société et de s'en défaire lorsque la période d'agiotage va se terminer, sans courir aucun risque.

Le versement intégral du montant de chaque action rendu obligatoire serait un moyen beaucoup plus efficace encore pour écarter ce genre d'actionnaires. Mais une prescription aussi sévère aurait eu infailliblement pour résultat d'écarter un certain nombre de souscripteurs sérieux qui ne disposent pas des fonds nécessaires pour faire face à une aussi lourde obli-

(1) Le nouveau projet de Loi voté par le Sénat exige le versement en espèces par chaque action du 1/4 au moins du montant des actions souscrites.

gation. Si la Société n'a pas besoin pour commencer ses opérations, de tout son capital, pourquoi encombrer ses caisses de sommes destinées à rester improductives pendant longtemps.

La loi de 1856 exigeait aussi le *versement du quart sur chaque action :* le projet de cette loi prescrivait seulement le versement du quart du capital social total, en bloc; il fut modifié par le Conseil d'Etat et le Corps législatif pour le motif suivant: ce qu'il importe d'obtenir ce ne sont pas seulement des capitaux suffisants pour que la Société puisse fonctionner sans danger, ce sont encore des souscriptions qui seront certainement réalisées; le simple versement du quart du capital social favoriserait la fraude. Le gérant, possesseur du quart du capital social, versé par quelques souscripteurs seulement, pourrait sans cette prescription, commencer les opérations sociales après avoir fait souscrire le reste des actions par des prête-noms, des hommes de paille, sans solvabilité et assez peu scrupuleux pour ne pas s'effrayer de la lourde responsabilité qu'ils assument.

Donc, alors même que le quart du capital social serait réalisé, chaque souscripteur serait tenu d'effectuer le versement du quart de son action, pour que la constitution de la Société soit régulière.

Le versement du quart doit-il nécessairement être effectué en espèces? En principe on peut

répondre affirmativement. D'après un arrêt du 11 Mai 1863, l'objet de la disposition qui ordonne le versement du quart a été de faire cesser un abus, celui du paiement fictif des actions, et d'assurer à la Société un fonds de roulement suffisant pour sa mise en activité ; il importe que les souscripteurs ne soient pas engagés seulement par leur signature, mais par un commencement d'exécution de leur obligation, par un premier versement.

Au numéraire nous croyons qu'on peut assimiler les billets de la Banque de France et les bons du Trésor payables à vue. La jurisprudence admet ces valeurs comme équipollents pour le versement en espèces : en règle générale le versement peut être effectué en valeurs pourvu qu'elles soient sérieuses et immédiatement réalisables en espèces, (coupons échus de rentes et effets publics, même de valeurs industrielles) (1). Mais des valeurs de portefeuille d'un recouvrement plus ou moins certain ou d'autres titres ne pouvant être réputés argent comptant ne seraient pas admis (2). Il en serait ainsi par exemple pour les paiements en factures ou mémoires de travaux fournis ou à fournir (3). On a

(1) Cass. 11 mai 1863. D. 63. 1. 213. — Paris, 28 mai 1869. D. 69. 2. 145. S. 70. 2. 69. — Cass. 27 janv. 1873. S. 73. 1. 163. — Cass. 12 fév. 1885. D. 85. 1. 355.

(2) Req. 10 mai 69. D. 69. 1. 523. — Contra : Agen, 6 déc. 1860. D. 61. 2. 60.

(3) Rivière. N° 22. — Bédarride. N° 15 et suiv. — Beudant. Rev. Crit. t. 36, p. 130. — Alauzet. N° 447. — Lyon-Caen et Renault. N° 416. — Ameline. Rev. prat. T. 24, p. 351. — Pont. N° 895. — Boistel. P. 172, — Vavasseur.

soutenu cependant que la loi, désirant avant tout la libération des actions et l'art. 1238 du Code Civil permettant de donner en paiement une chose quelconque, les valeurs, les titres ou autres modes de se libérer pourraient être employés sauf la responsabilité du gérant (1). On peut répondre qu'une loi spéciale peut déroger à une loi générale; d'un autre côté le double but poursuivi par le législateur, assurer un fonds de roulement à la Société, éloigner les souscripteurs fictifs, ne pourrait être atteint. Qui sait si les valeurs seront payées à l'échéance? Il peut y avoir impossibilité ou refus de paiement, la Société serait alors obligée de recourir contre le souscripteur et serait entraînée à des frais. — Les valeurs pourraient être aussi des valeurs de complaisance que le gérant aurait fait souscrire à des tiers sans consistance, pour pouvoir commencer les opérations sociales. La responsabilité du gérant serait illusoire; il aura presque toujours pris ses précautions et se sera mis à couvert, à moins qu'étant de bonne foi, il n'ait été trompé lui-même et n'ait accepté sans contrôle des valeurs qui ne seraient que des promesses sans aucune chance d'être payées.

La Cour de cassation a décidé que la clause des statuts autorisant les actionnaires à se libérer en remises de cette nature devrait être réputée non avenue parce qu'il s'agit d'une

(1) Demangeat sur Bravard, t. I, p. 283, N° 1.

matière intéressant l'ordre public et qui est au-dessus de la convention des parties. Il y aurait là, en effet, une sorte d'apport en nature qui resterait caché qui ne serait pas soumis à l'approbation de l'assemblée générale, fait essentiellement contraire à la loi. — En conséquence les créanciers et les autres actionnaires auraient le droit d'exiger le paiement en numéraire de la souscription, les souscripteurs s'étant rendus complices du gérant par la faute duquel la Société se trouve illégalement constituée (1).

Le versement du quart pourrait-il s'effectuer par voie d'écritures? — Un souscripteur a un compte ouvert chez un banquier qui est l'agent de caisse de la Société en formation et qui est chargé de centraliser les versements. Pour éviter un déplacement de numéraire le banquier pourra-t-il, sur l'ordre du souscripteur, effectuer un virement, c'est-à-dire débiter le compte du souscripteur d'une somme égale au montant du 1/4 de sa souscription et porter la même somme au crédit du compte de la Société. Ce transfert de crédit d'un compte à l'autre est-il licite lorsqu'il s'agit du versement du quart? Rien ne s'oppose, croyons-nous, à la validité de cette opération très simple qui aboutit au même résultat que plusieurs traditions successives des espèces métalliques. Nous réservons bien entendu le cas de fraude (2).

(1) Aix, 13 août 1860. D. 60. 2. 223. — Cass. 21 juin 1861. D. 61. 1. 435.
(2) Trib. de Com. de Lyon, 13 mai 1882. Crédit industriel et financier. Lyon, 11 août 1882. Paris, 28 juillet 1887. D. 88. 2.129. — Paris, 24 no-

Mais que le banquier de la Société soit en même temps souscripteur d'actions, pourra-t-il en se débitant au compte de la Société se dispenser d'effectuer le versement du quart en espèces ? A quoi lui servirait-il de se dessaisir pour un moment de fonds qui vont lui rentrer presque immédiatement ? — On a signalé cependant le côté dangereux de cette manière de procéder. Il y a une différence entre cette hypothèse et la précédente. Dans la première le souscripteur n'a plus le pouvoir de disposer de la somme qui a servi à éteindre une partie de sa dette; dans la seconde, au contraire, le banquier qui est en même temps souscripteur ne se dessaisit pas des fonds qui auraient dû faire l'objet d'un paiement effectif entre les mains de la Société, « il en reste nanti sans les distraire de son patrimoine ou les dégager de ses affaires courantes. » Le vœu de la loi n'est pas rempli. La loi désire que pendant toute la période de formation de la Société l'actionnaire soit privé de ses capitaux et qu'il manifeste ainsi l'intérêt qu'il prend à la constitution de la Société. Ce jeu d'écritures permettrait aussi d'éluder la disposition de l'article 4 qui exige le versement réel du quart ; ici il ne serait que simulé. On en tire cette conclusion qu'une même personne ne peut être en même temps

vembre 1887. D. 88. 2.293. Il faut suivant ce dernier arrêt que le montant du quart de toutes les actions soit réellement et absolument disponible au moment de la constitution définitive de la Société ; du plus léger retard résulterait immédiatement la nullité radicale de la Société.

souscripteur et banquier d'une Société en formation. « De deux choses l'une, en effet : ou ce souscripteur verse son quart et le reprend aussitôt à un titre nouveau, pure comédie et moyen trop commode d'ailleurs de couvrir successivement avec une mise de fonds identique le capital de sociétés nombreuses ; ou bien il s'abstient de le verser et se débite, ce qui est à plus forte raison contraire à la loi. » (1).

Si le versement du quart autrement qu'en espèces était autorisé par les statuts et non plus seulement par le bulletin de souscription, sa réalisation sous cette forme serait-elle encore illicite ? M. Vavasseur distingue (2). Si l'autorisation était générale, si le versement pouvait avoir lieu en valeurs non déterminées, leur remboursement n'étant pas certain, l'intérêt des tiers dont le capital est la garantie exigerait que la Société fût déclarée nulle si la nullité était demandée ; le capital étant incertain dans sa quotité, on ne pourrait plus dire qu'il y a souscription intégrale. Au contraire si les statuts autorisaient la libération du quart en valeurs déterminées, spécifiées, la publicité donnée à cette clause préviendrait suffisamment les tiers pour qu'ils ne pussent pas se plaindre d'une réduction du capital social. Cette stipulation serait soumise à l'appréciation de l'assemblée

(1) Thaller. Rev. Crit. 1883. P. 317.
(2) Soc. Civ. et Comm. N^{os} 386-397.

générale, conformément à l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 : il s'agit d'un apport qui ne consiste pas en numéraire.

Le versement du quart peut-il consister en immeubles ou en travaux, ou en fournitures, en industrie ? La jurisprudence admet l'affirmative : des apports en nature « approuvés par l'Assemblée générale » lorsqu'ils sont mentionnés dans les statuts peuvent remplacer le versement du quart (1). Quand la loi parle du *versement* du quart, elle vise seulement les actions réalisables en numéraire (art. 4 et 25 de la loi de 1867). Les apports en nature ont presque toujours pour objet des corps certains et ils se trouvent versés c'est-à-dire que la propriété en est transférée pour le tout à la Société par le fait même de la constitution (art. 1138 C.C.).

Que décider pour les actions mixtes ?

Il peut en effet y avoir des actions mixtes c'est-à-dire dont un fractionnement seulement correspond à des apports en nature.

La question toutefois est discutée.

La loi de 1867 qui règlemente les Sociétés par actions ne l'a pas résolue et si l'on se reporte au droit commun, le principe de la liberté des conventions doit faire admettre la validité des actions mixtes. Toutefois la Cour de Paris s'est prononcée en sens contraire (2).

(1) Paris, 28 mai 1869. D. 69. 2. 145. — Cass. 27 janv. 1873. S. 73. 1. 161. Cass. 13 mars 1876. S. 76. 1. 361. — Cass. 10 fév. 1885. D. 85. 1. 355.

(2) Paris, 4 avril 1881. S. 81. 2. 102.

Elle fait sortir de plusieurs dispositions de la loi de 1867 et de son esprit général, la prohibition des actions mixtes. « Cette loi, dit la Cour, établit une distinction fondamentale entre les apports en nature qui, n'étant pris que pour leur valeur réelle, vérifiée et approuvée, représentent toujours et nécessairement un nombre correspondant d'actions entièrement libérées, et les actions en numéraire dont le quart au moins doit être versé préalablement à la constitution définitive de la Société. » La Cour de Paris base tout son système sur cette affirmation dont elle fait un principe; ce principe résulterait à l'en croire des art. 1, 4 et 25 de la Loi du 24 juillet 1867. L'art 1er exige le versement du 1/4 des actions souscrites; l'art. 4 exige que les apports ne consistant pas en numéraire et assimilés par la loi aux avantages particuliers, soient approuvés par l'Assemblée générale des actionnaires, et il décide que les actionnaires qui ont fait ces apports ne pourront prendre part au vote qui suivra la délibération; l'art. 25 ordonne la convocation d'une Assemblée générale, postérieurement à l'acte qui constate le versement du quart du capital qui consiste en numéraire. Il ressort de la comparaison et du rapprochement de ces articles, dit-on, que « lorsque des actions ont été souscrites pour une somme excédant la valeur de l'apport fait en nature par les mêmes souscripteurs, ceux-ci ne peuvent employer cette valeur, même approuvée, de leur apport en nature,

à la libération pour autant des actions en numéraire qu'ils ont souscrites. »

Cette conclusion est beaucoup trop générale et beaucoup trop absolue. Tout ce qui résulte de ces articles c'est que la loi de 1867 n'a pas prévu le cas qui nous occupe et qu'elle s'est prononcée sur deux hypothèses seulement : Celle où les apports consistent exclusivement en numéraire, et celle où ils consistent exclusivement en nature. Peut-on ajouter à la loi et soutenir que la loi de 1867 contient une prohibition virtuelle des actions mixtes ? Ce serait renverser le principe généralement admis en matière d'interprétation, que tout ce qui n'est pas défendu est permis. Or, chaque fois que le législateur a voulu déroger à ce principe, et particulièrement en matière de Sociétés par actions, il n'a pas manqué de le dire expressément.

L'argumentation de la première Chambre de la Cour de Paris, ne saurait donc nous convaincre.

Mais en supposant la parfaite régularité de la combinaison que nous venons d'examiner, ne faut-il pas au moins qu'il y ait versement du quart en numéraire sur la partie de l'action qui ne correspond pas à l'apport en nature ?

La Cour de Paris (Chambre correctionnelle) (1) a rendu un arrêt en ce sens : c'était admettre implicitement la parfaite légalité des actions mixtes.

(1) Paris, 18 fév. 1881. S. 81. 1. 97.

L'arrêt de la Chambre correctionnelle se sert à peu près des mêmes arguments qui ont été employés après elle par la Chambre Civile, mais ils la conduisent à une solution différente. Cet arrêt s'appuie d'abord sur les art 1er, § 2, 4 § 4, 25 de la loi de 1867 et l'art. 4 de la loi de 1863 : il ajoute à cela que toute Société qui se fonde doit avoir un fonds de roulement suffisant pour assurer la marche des opérations sociales, et que le versement du *quart* du capital en numéraire, chiffre minimum fixé par la loi, a pour but de le former.

L'exposé des motifs de la loi de 1856 invoquait cette dernière considération pour exiger le versement du quart du capital en numéraire : le projet n'exigeait rien de plus et c'est par suite d'un amendement que la loi prescrivit le versement du quart sur chaque action. On ne peut donc se faire illusion sur le but primitif poursuivi par le législateur. La loi de 1863 exigeait simplement le versement du quart du capital qui consiste en numéraire. L'art. 25 de la loi de 1867 dont la rédaction diffère un peu de la rédaction de l'art. 1, comprend l'obligation de constater le versement du quart du capital qui consiste en numéraire parmi les attributions dont il investit la première assemblée générale des Sociétés anonymes. On doit remarquer l'esprit de suite du législateur à ces différentes périodes et cette persistance dans son idée première.

Sur les actions attribuées en représentation d'apports en nature, la loi admet bien qu'il n'y a pas à effectuer de versement en numéraire, mais c'est là une exception qui doit être restreinte dans ses termes: tout le numéraire est soumis à un versement effectif obligatoire.

Mais il y a plus ; d'après l'arrêt de la Cour de Paris du 18 février 1881 , « l'action libérée de moitié consistant pour partie en un apport et pour partie en numéraire représente tout à la fois les deux éléments du capital social, dont chacun est soumis à des exigences différentes; son élément numéraire ne saurait échapper à l'obligation qui l'atteint en principe d'être réellement *versé* dans les conditions imposées à toutes les actions *souscrites.* »

Le jugement confirmé par adoption des motifs des premiers juges précisait comme il suit le sens qui doit être attribué aux mots « versement » et « actions souscrites. »

Le mot *versement* employé dans l'art. 1 et répété dans les art. 2, 14, 15 et 25 est, aussi bien que le mot de « paiement » employé dans l'art. 3, exclusif d'un paiement fait autrement qu'en espèces ou au moins en valeurs acceptées comme espèces dans la pratique ; la remise d'objets quelconques autres que des espèces tels que des marchandises, des immeubles, des droits mobiliers ou immobiliers, des effets de commerce, ou des valeurs mobilières, ne cons-

tituant ni un versement ni un paiement, ne satisferait pas au vœu de la loi.

Par les mots *actions souscrites* l'art. 1er vise toutes les actions obtenues en échange d'une somme versée ou promise ou, en d'autres termes, toutes les actions qui consistent en un apport en numéraire ; et aucun doute ne peut subsister à cet égard, lorsqu'on voit le législateur se servir indifféremment pour exprimer la même pensée des mots « actions souscrites » (art. 1er) ou de ces formules équivalentes « le capital social en numéraire » (art. 25), « les apports non soumis à vérification » (art. 30).

Nous savons la conclusion qui a été tirée de ces explications.

L'arrêt de la Cour de Paris s'inspire encore d'une considération rationnelle. Si le versement du quart n'est pas exigé sur la fraction de chaque action qui consiste en numéraire, on crée ainsi pour les fondateurs un moyen très efficace d'éliminer la souscription publique.

Nous croyons que ces différents arguments n'ont de valeur qu'en apparence, et nous allons essayer de les réfuter.

La Cour de Paris exige le versement du quart *sur le capital en numéraire* et ce versement ne peut avoir lieu qu'en numéraire ou en valeurs équipollentes, mais est-ce bien là ce qu'exige la loi ? Non — elle veut le *versement du quart sur chaque action* (art. 1er), il n'y a

donc pas à distinguer dans chaque action l'élément « nature » et l'élément « numéraire, » visés l'un et l'autre par des prescriptions différentes de la loi. Cette décomposition est arbitraire et n'a pas sa raison d'être.

Dans le système que nous combattons, la portion à verser en numéraire diminue à mesure que l'élément apport augmente et que l'élément numéraire est plus faible. Comment concilier cette doctrine avec l'art. 1er qui exige le versement du quart du montant de chaque action souscrite ? Il faut, en effet, prendre la formule de la loi tout entière et ne pas s'arrêter seulement à l'expression « versement. »

Les articles invoqués dans l'arrêt du 18 Février sont-ils probants ? En résulte-t-il que le quart du capital doive être nécessairement « versé », lorsque les actions correspondent pour partie à des apports en numéraire et pour partie à des apports en nature ? Ce n'est certainement pas dans l'art. 1er que l'on rencontrera cette preuve. Nous venons de le dire, il pose la règle en la matière et il ne parle que du versement du quart à effectuer sur chaque action. Est-ce dans l'art. 4 al. 4 ? Pas plus, il prononce sur les conditions spéciales exigées pour la formation de la majorité, exigée pour l'approbation des apports qui ne consistent pas en numéraire et des avantages particuliers : cette majorité doit représenter le quart des actionnaires et le *quart du capital social en numéraire.* Il ne s'agit pas du verse-

ment à effectuer sur les actions. L'art. 25 ne doit pas nous arrêter davantage ; il n'a pas du tout rapport à la question. Une assemblée générale doit être convoquée postérieurement à l'acte qui constate la souscription du capital social et « le versement du quart du capital qui consiste en numéraire. » Mais il ne faut pas chercher un principe dans l'art. 25. L'art. 25 se réfère à l'art. 1 et c'est à ce dernier article qu'il faut se reporter pour avoir la signification exacte des mots « le versement du quart qui consiste en numéraire. » Nous savons que la loi de 1867 n'a prévu que deux hypothèses : celle où tous les apports doivent être effectués autrement qu'en numéraire, celle où tous les apports consistent en numéraire : la nécessité de constater le versement du quart par une déclaration notariée n'existe que dans le deuxième cas, c'est-à-dire lorsque tout le capital social est représenté par du numéraire et non lorsque ce capital est composé uniquement d'apports en nature ; voilà ce à quoi il est fait allusion dans l'art. 25 al. 1 in fine (1). Et cette règle se justifie très bien, car par le fait même que l'évaluation faite par les statuts des apports en nature a été ratifiée par l'assemblée générale, la transmission de ces apports à la Société est réalisée (Art. 1138 Code Civil), et les actions remises en échange aux associés qui les ont effectués, sont libérées

(1) Lyon-Caen et Renault. N° 416. Art. 24 in f. et art. 25 rappr.

ipso jure en totalité. La Cour de Paris a donc tort de dire que les actions données en représentation d'apports en nature et intégralement libérées sont exceptionnellement et par faveur dispensées du versement du quart.

Le mot *versement* n'a pas non plus le sens étroit qu'on lui prête ; pas plus que le mot *paiement* il n'implique l'idée de numéraire d'espèces sonnantes : il a un sens général, il est l'équivalent du terme « solutio » en droit romain, c'est-à-dire qu'il signifie tout fait qui produit l'extinction d'une obligation (Comp. art. 1234, C. C.). L'opinion adverse produirait logiquement cette conséquence singulière qu'indiquent MM. Beslay et Lauras ; « si l'on décide que tout actionnaire doit avant la constitution de la Société avoir *versé en espèces* le quart des actions par lui *souscrites*, on impose par là même, à toute Société qui se fonde, l'obligation de diviser son fonds social en deux parties, une partie versée en nature et une partie versée en écus et on exige en outre, réglant le rapport de ces deux parties entre elles, que la seconde soit à l'égard de la première d'un quart au moins. »

Les mots « actions souscrites » reçoivent aussi dans le système de la Cour de Paris (Chambre correctionnelle), un sens restreint qui n'est pas le leur : ils s'entendraient de toutes les actions qui consistent en numéraire, mais seulement de celles-là, de sorte que les actions mixtes devraient être considérées comme *souscrites pour partie*. Si

l'on rapproche de ce raisonnement l'art. 1er d'après lequel les Sociétés ne peuvent être constituées qu'après la *souscription* de la totalité du capital social et le versement par chaque actionnaire du quart au moins du montant des actions par lui *souscrites*, il s'ensuit immédiatement cette conséquence inadmissible qu'il n'y a de capital social que celui qui consiste uniquement en numéraire puisque celui-là seul peut être *souscrit*. Or le capital social comprend certainement aussi les apports en nature, car il se compose de tous les biens qui sont mis en Société. Les actions d'apports en nature sont aussi bien que les actions d'apports en numéraire des actions souscrites pourvu qu'il y ait l'approbation définitive de l'Assemblée générale.

Au point de vue de l'application de l'art. 2, la conséquence qui résulte du système de la Cour de Paris n'est pas moins remarquable : la Société n'est constituée qu'après..... le versement par chaque actionnaire du montant des actions par lui souscrites (art. 1) et le mot « versement » doit être entendu d'un paiement en espèces.

L'art. 2 décide que « les actions ou coupons d'actions ne seront négociables qu'après le « versedu quart » ; il s'en suit que si les actions n'ont été « souscrites » que pour moitié, elles seront négociables après le versement du huitième. Les *actions souscrites* c'est-à-dire créés en représentation d'apports en numéraire seraient seules soumises à l'application de l'art. 2, les actions

créées en représentation d'apports en nature dont la libération pour un quart ne serait pas obligatoire comme le versement, en seraient complètement dispensées, par exception !

Est-ce pour assurer à la Société un fonds de roulement en numéraire qui assure la marche sérieuse des opérations sociales que la loi exige le versement du quart? Pour appuyer l'affirmative, la Cour de Paris substitue à la rédaction de l'art. 1, qui exige le versement du quart du montant de chaque action, une autre rédaction : la loi exigerait, d'après l'arrêt, le versement du quart du capital qui consiste en numéraire pour la formation d'un fonds de roulement que nécessiteraient les premières opérations de la Société. Il en était ainsi avant 1867, l'art. 4 de la loi de 1863 exigeait le versement du quart au moins du capital qui consiste en numéraire. Mais cette disposition a été transformée avant de passer dans l'art. 1 de la loi de 1867. Déjà lors de la discussion de la loi de 1856, le Corps législatif avait rejeté la disposition du projet du gouvernement qui prescrivait pour que la Société pût être constituée, la réalisation entre les mains des gérants, du quart au moins de la partie du capital social qui consiste en numéraire. Dans le but d'assurer à la Société des actionnaires sérieux, cette loi a exigé le versement du quart sur chaque action. Il en a été de même en 1867 : le législateur a voulu écarter des Sociétés en formation

ou nouvellement fondées les coureurs de primes.

On a soutenu, il est vrai, que le législateur a exigé le versement du quart pour que la Société ait dès sa fondation des ressources pécuniaires; mais ce n'est pas la considération principale qui a guidé le législateur, elle n'était que très secondaire dans sa pensée. S'il avait suivi cette idée exclusive et celle-là seulement, il n'aurait pas permis aux Sociétés de se constituer avec un capital entièrement formé d'apports en nature, et il est probable qu'il aurait exigé pour toutes les Sociétés un capital de garantie, comme il l'exige pour les Sociétés d'Assurances.

La Cour de Paris invoque un dernier argument, celui-ci dépouillé de toute valeur juridique. Les apporteurs, en se faisant attribuer des actions partiellement libérées par des apports en nature, pourront se dispenser de faire le versement exigé par la loi sur l'action souscrite, restreindre de propos délibéré et par calcul la souscription publique, et s'affranchir indirectement des prescriptions que la loi impose pour la validité des assemblées générales. Ces agissements sont des manœuvres frauduleuses : or la loi s'est ingéniée à entraver la fraude, il est impossible qu'elle tolère une combinaison aussi vicieuse que celle qui a produit les actions mixtes.

Nous reconnaissons que cette combinaison peut réduire la souscription publique et qu'elle

peut dans une certaine mesure faciliter la fraude. Mais si la fraude est possible, il ne s'en suit pas nécessairement que le fait de créer des actions dont la libération peut être opérée pour partie en nature, pour partie en numéraire, soit illicite et qu'il faille le frapper d'une prohibition. Une autre réflexion achève de détruire l'objection. Il est hors de doute que les actions peuvent être réparties exclusivement entre les fondateurs et libérées uniquement par des apports en nature : c'est le moyen le plus simple d'exclure la souscription publique, et il n'y a cependant là rien que de très légitime. Ne serait-il pas étrange de défendre une combinaison qui n'exclut pas l'appel au public et ne fait que le limiter, alors qu'une combinaison qui aurait pour effet de le supprimer totalement resterait permise ?

Certains auteurs considèrent que la mise en Société d'un apport en nature constitue une vente entre l'actionnaire et la Société : le prix au lieu de consister en argent consisterait en actions. Nous croyons que la convention qui a lieu entre l'actionnaire et la Société est un contrat sui generis, mais qui présente avec la vente certaines analogies. Qu'on admette l'une ou l'autre opinion, on peut prétendre qu'il s'opère une compensation légale entre le prix que la Société devrait remettre aux actionnaires pour leurs apports et les espèces que les actionnaires devraient remettre à la Société en échange

de leurs actions et que cette compensation tient lieu de versement. La Cour de Paris juge que la compensation n'est pas possible en l'espèce parce que les conditions requises par la loi pour qu'elle puisse se produire ne sont pas réunies. En effet, c'est avant la constitution de la Société que les actionnaires doivent effectuer le versement du montant de leurs actions, avant la vérification et l'approbation de leur apport par les assemblées générales : mais à cette époque la Société, leur débitrice, n'existant pas encore, aucune créance ne peut naître à leur profit. — De ce raisonnement il ressort bien une chose, c'est que, jusqu'à ce que la Société ait été constituée, jusqu'à ce qu'elle existe en tant que personne distincte de ses membres, la compensation reste impossible : mais il faut en conclure que, dès ce moment, elle peut se réaliser. Objectera-t-on que la dette et la créance n'ont pu « se rencontrer *sur une même tête à la même date* » ? Nous répondrons que la Société n'est définitivement constituée qu'après l'approbation des apports en nature ; c'est à ce moment seulement que les différentes opérations qui ont précédé sa constitution deviennent définitives et, jusqu'à cette époque, les actionnaires n'étaient créanciers que sous la condition que la Société arriverait à se constituer. Ils le deviennent réellement au moment où elle est constituée ; ils deviennent alors débiteurs du prix de leurs actions. Rien ne s'oppose

plus à ce que la compensation s'opère de plein droit.

Objectera-t-on encore contre la validité des actions mixtes, qu'en principe le versement du quart exigé par l'art. 1er doit être effectué en espèces ou en valeurs équivalentes, qu'il ne peut être remplacé par la remise d'un apport à la Société, parce que cette remise serait une dation en paiement, qu'une dation en paiement n'aurait aucune valeur à l'égard des tiers, que c'est de l'argent qui a été promis à la Société et aux tiers, et que les actionnaires doivent exécuter leur engagement.

Le principe est vrai, mais seulement pour les actions qui d'après les statuts représentent des apports en numéraire. Il n'en est plus de même pour les actions qui d'après une clause des statuts pourront être libérées autrement. Les tiers ne peuvent se plaindre : les statuts ont autorisé les actionnaires à libérer le premier quart du montant de leurs actions au moyen d'apports en nature, les statuts ont été publiés, il ne peut y avoir de surprise pour personne.

La vérification et l'approbation de l'Assemblée garantissent suffisamment l'absence de majoration de l'apport effectué par chacun des associés. Le Tribunal de Commerce de la Seine avait donc raison de dire « que l'évaluation de cet apport ayant été approuvée par l'Assemblée générale, la libération stipulée au profit des fondateurs représente une valeur en espèces

réellement fournie. » S'il en est ainsi, pourquoi ne pourrait-il servir à libérer l'action pour le premier quart? (1)

Supposé que le nombre des actionnaires dont l'apport consiste en numéraire soit supérieur au nombre des actionnaires dont l'apport consiste à la fois en numéraire et en nature; bien que ces derniers n'aient fait aucun versement en numéraire, si leurs actions sont libérées du quart par l'apport en nature et si les actionnaires numéraire ont satisfait à l'art. 1er, la Société possède un fonds de roulement suffisant pour assurer la marche des opérations sociales. Dans ce cas particulier, la principale objection de la Cour de Paris tombe d'elle-même (2).

En résumé, il suffit que l'action soit libérée d'un quart par l'apport en nature, pour que le versement soit valable, même lorsque le complément du prix de l'action doit être fourni en espèces. Du moment que l'apport en nature représente le quart de l'action et que l'Assemblée générale a approuvé l'évaluation, c'est que l'actionnaire est sérieux et le but de la loi est rempli!

L'art. 7 du projet de loi voté par le Sénat, prohibe les actions mixtes, les actions d'apports en nature doivent être libérées totalement.

(1) Tribunal de Com. de la Seine. 1er mai 1861. S. 81. 2. 100.

(2) V. sur cette question : Paris 18 fév. 1881. S. 81. 1. 97 et la note de M. Lyon-Caen. — Rataud. Rev. Crit. 1882. P. 215.

Il ne suffit pas que l'apport de l'actionnaire soit déterminé, il faut qu'il puisse être réalisé, que le recouvrement en soit certain. On doit considérer comme un versement, le dépôt dans une maison de banque par un actionnaire au nom de la Société, des fonds destinés à couvrir son versement bien que ce dépôt ne repose absolument que sur le crédit de la banque ; ou encore, d'après la jurisprudence, le fait par un banquier, dépositaire des fonds d'une Société, de se débiter de la somme représentant son apport qu'il a inscrit au compte courant de l'association, lorsqu'il tient à toute heure et à tout moment le capital mis en dépôt et sa propre mise à la disposition de la Société (1). Le crédit ouvert à un associé motivé par la confiance qu'il inspire ne pourrait être substitué au versement effectif en espèces (2).

Le quart de l'action peut-il être versé par le moyen de la compensation ?

Un premier système refuse d'admettre le paiement du premier quart par voie de compensation. Comment, en effet, concilier ce mode de paiement avec l'art. 3 de la loi du 24 juillet 1867 ; cet article exige le versement du quart avant la constitution de la Société : jusqu'à l'accomplissement de cette prescription, la Société reste en voie de formation, elle n'a pas la personnalité

(1) Paris, 19 mars 1883. — Cass , 23 juin 1883. D. 83. 1. 425. — Cass., 20 janv. 1885. D. 85. 1. 453. Nous avons dit « d'après la jurisprudence » V. S. p.

(2) Paris, 19 mars 1883.....

morale, elle ne peut être ni créancière, ni débitrice. Réciproquement l'actionnaire ne sera vraiment créancier ou débiteur de la Société qu'au jour de sa constitution, la Société n'étant véritablement capable de contracter qu'au jour de sa constitution. Or, la compensation ne peut s'opérer qu'entre personnes respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre. Par conséquent, le versement des apports qui doit précéder la constitution de la Société ne peut s'effectuer par une compensation, parce que celle-ci ne peut se produire qu'après la constitution de la Société. Le gérant seul peut être débiteur, puisque seul il a pu contracter avant la constitution. Il n'y a pas identité de personnes et la compensation n'est pas possible (1). Elle ne peut avoir lieu entre un actionnaire et une Société qui, n'étant pas encore constituée, ne peut être ni créancière ni débitrice de cet actionnaire.

M. Pont (2) repousse ce système.

La loi de 1867 n'a pas défendu la libération des actions au moyen de la compensation, elle n'avait du reste aucun motif de le faire. Dès que les souscripteurs sont sérieusement engagés et que la Société a le fonds de roulement nécessaire aux opérations sociales le vœu de la Loi est rempli. Nous supposons que la compensation n'a pas été fictive, mais réelle, c'est-

(1) Boistel. P. 172. Bédarride. Comm. de la L. de 1867. N° 18 — Lyon-Caen et Renault. N° 416. — Contra. Ruben de Couder. V° Soc. en Com. N° 100. — Pont. N° 897.

(2) Pont. N° 897.

à-dire que le souscripteur était vraiment créancier de la Société (1).

Un actionnaire ne peut se libérer du paiement de tout ou partie du capital des actions qu'il a souscrites, en opposant la compensation pour la somme que lui doit une première Société, qui doit être liquidée par celle dont il fait partie (2).

Que décider dans l'hypothèse suivante. Une Société par actions se forme pour l'exploitation d'une industrie, elle se porte acquéreur d'une usine où se fera l'exploitation. Un actionnaire créancier du vendeur de l'usine, peut-il offrir sa créance en paiement du quart de sa souscription? La Cour de Cassation a répondu négativement et avec raison, croyons-nous : les éléments de la compensation légale ne se trouvent pas réunis dans l'espèce. Les art. 1289, 1290, 1291 exigent plusieurs conditions. Il faut que les dettes à compenser aient pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, qu'elles soient également liquides et exigibles, *que les deux personnes entre lesquelles doit s'opérer la compensation soient respectivement créancières et débitrices l'une de l'autre.* Or, l'associé était bien débiteur envers la Société du montant de ses

(1) Cass, 27 janv. 1873. D 73. 1. 331. — Req, 4 mai 1867. D. 67. 1. 425 — Art. 184. c. de la Loi allemande. Les créances de la Société du chef des appels de fonds ne peuvent faire l'objet d'une compensation.

(2) Paris, 5 août 1869. S. 70. 2. 33 et la N. Cass. 6 juil. 1870. S. 71. 1. 80

actions, mais la Société n'était pas débitrice envers lui du prix de l'usine (1).

Il y aurait également nullité si le versement du quart fait autrement qu'en espèces avait eu lieu sous la forme d'une opération de compte, consistant à créditer le compte de l'associé de la somme qu'il est censé avoir versée et à débiter ensuite ce même compte d'une somme égale à titre de paiement anticipé de travaux et de fournitures qu'il s'était obligé à faire pour la Société (2). Ce serait un moyen par trop facile de dissimuler l'absence de versement.

Le versement du quart doit être effectif : aussi, d'après la jurisprudence le fait par un fondateur de prélever à titre de commission, même en conformité des statuts, une certaine somme sur les premiers versements au-dessous du quart exigé par la loi, équivaut au défaut de versement (3). Un associé ne devrait pas non plus être admis, suivant la Cour de Paris, à imputer sur le versement du quart des dépenses antérieurement faites par lui dans l'intérêt de la Société (4).

Mais il ne faudrait pas aller trop loin dans cette voie. Après le versement du premier quart ou

(1) Contra : Demolombe. Consultation reproduite sous l'arrêt de cassation 1876. 13 mars. — S 76. 1. 361.

(2) Aix, 16 mai 1860. D. 60. 2. 118. — S. 60. 2. 439. — Cass. 24 avril 1861. D. 61. 1. 428. — Comp : Paris, 19 mars 1883, sous Cass., 23 juin 1883. D. 83. 1. 425.

(3) Cass., 17 juill. 1885. D. 86. 1. 273.

(4) Paris, 13 janv. 1882. D. 83. 2. 73.

bien si une Société constituée se forme avec un nouveau capital par une émission d'actions nouvelles, nous croyons que la compensation devrait être admise pour sommes dues à l'occasion de travaux effectués ou pour toutes autres créances des actionnaires contre la Société, lorsqu'il s'agit de sommes liquides et exigibles : la compensation a lieu de plein droit (1). Pourquoi, en effet, la compensation ne peut-elle se comprendre, d'après quelques auteurs, tant que la Société n'est pas définitivement constituée ? C'est parce qu'il manque l'identité de personnes ; il faut que la Société existe avant d'être débitrice. La même objection ne peut plus être présentée lorsque la Société est formée selon les prescriptions de la loi ou lorsque, constituée depuis un certain temps, elle procède au doublement de son capital (2).

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

La *loi belge* (art. 29-30) veut « que chaque action soit libérée d'un *dixième* au moins par un versement en numéraire ou un apport effectif. »

La *loi italienne* exige le versement des *trois cinquièmes*, la *loi suisse* du cinquième (art. 618 Cod. des Oblig.)

(1) Cass., 4 mars 1867. D. 67. 1. 425. — Paris, 19 mars 1883. — Cass, 23 juin 1883. D. 83. 1. 425.

(2) Vavasseur. Soc. Civ. et Comm. N° 398. — Contra : Beudant. Rev. Crit. T. 36, p. 132.

D'après la *loi allemande* (art. 176) les actions doivent être libérées au moins du *quart*, et, n'est considéré comme versement en espèces que le versement en monnaie allemande, en bons de caisse de l'Empire ou en billets de banques allemandes légalement autorisées.

CHAPITRE TROISIÈME

Déclaration du Gérant ou des Fondateurs

L'art. 1 al. 3 et 4 de la loi du 24 Juillet ordonne que la souscription et les versements soient constatés par une déclaration du gérant dans un acte notarié, si la Société est en commandite, et par une déclaration des fondateurs, si la Société est anonyme, pour assurer l'exécution des prescriptions de la loi concernant la souscription intégrale et le versement du quart.

La loi impose cette formalité dans un double but : 1° assurer la sincérité de la déclaration du gérant qui hésitera à apporter à un notaire, officier public, une fausse affirmation destinée à être reprise dans un acte authentique.

2° Restreindre les chances de nullités qui pourraient résulter d'omissions commises par le gérant et que le notaire pourra aider à réparer en indiquant, après examen, les moyens de satisfaire à la loi.

« La solennité de l'acte, dit M. Duvergier, l'intervention du fonctionnaire qui le reçoit, ne sont pas un obstacle absolu à ce que le gérant énonce des faits inexacts, mais elles offrent

cependant une certaine sécurité. Le notaire qui soupçonnerait que les articulations sont mensongères, refuserait son ministère ; il pourra, s'il n'y a pas de fraude, éclairer les parties par des conseils, leur indiquer ce qu'elles auraient négligé de faire, et les moyens de réparer les erreurs ou les omissions. »

Pour garantir d'une façon plus certaine encore l'exactitude de la déclaration du gérant, devront être annexés à l'acte dressé pour constater la déclaration :

1° La liste des souscripteurs. Les souscripteurs étant connus, il sera facile de voir s'ils sont sérieux. Mais là n'est pas seulement l'intérêt que présente cette liste : si les souscripteurs mettaient quelque retard à effectuer les versements qu'ils ont promis, il serait au moins possible de les rechercher. Si telle est la pensée de la loi, on peut la compléter en exigeant que la liste contienne toutes les indications propres à établir l'individualité des souscripteurs, les premiers éléments qui doivent faciliter leur recherche, c'est-à-dire leurs noms, leurs prénoms, leur demeure.

2° L'état des versements effectués. Faut-il qu'il constitue une pièce distincte de la liste des souscripteurs : à lire le texte on serait tenté d'admettre l'affirmative, mais pareille exigence n'aurait pas sa raison d'être. Ce qu'il importe de connaître, c'est l'état des versements ; que le nom des souscripteurs et l'état des versements

soient connus par un seul et même acte ou par un acte distinct et séparé, cela est de peu d'importance, puisque d'un côté comme de l'autre le vœu de la loi est rempli. On peut donc en regard de chaque nom indiquer le versement effectué, ou si le versement de chaque actionnaire est uniforme, on peut se contenter d'une mention collective.

Le projet de loi voté par le Sénat exige dans l'acte notarié l'indication du lieu où sont déposées les espèces.

3° L'un des doubles de l'acte de Société s'il est sous seing privé, et une expédition s'il est notarié et s'il a été passé devant un notaire autre que celui qui a reçu la déclaration.

Quand l'acte de Société a été rédigé sous seing privé, l'original doit rester déposé au siège social (art. 1 in. f.). Si l'acte est notarié, la loi n'ordonne d'en joindre une expédition à la déclaration, que s'il n'a pas été passé devant le même notaire.

Il faut bien remarquer que les gérants et les fondateurs n'ont à apporter au notaire aucune justification de ce qu'ils avancent : le notaire ne constate la réalité ni de la souscription ni du versement obligatoire : son rôle est limité à la réception de la déclaration dont il doit dresser acte. La loi ne pouvait lui imposer l'obligation plus large d'en vérifier la sincérité, parce que les recherches sur ce point sont impossibles.

C'est aux actionnaires eux-mêmes qu'est réservé ce droit de contrôle. Si la Société est en commandite, il appartient au *premier Conseil de surveillance*, sous la sanction édictée par l'art. 8. Si la Société est anonyme, la déclaration des fondateurs est soumise avec pièces à l'appui, à la *première assemblée générale* qui en vérifie la sincérité :

Il est un cas spécial où la déclaration prescrite par l'art. 1er est constatée dans l'acte même de Société au lieu de l'être par acte distinct et séparé.

Lorsque les statuts sont rédigés par acte notarié après la souscription totale du capital et après le versement du quart, l'accomplissement de ces deux conditions y est relaté ; la déclaration avec adjonction de la liste des souscripteurs, de l'état des versements et de l'acte de Société serait absolument inutile.

CHAPITRE QUATRIÈME

De l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers

Les actionnaires peuvent faire deux sortes d'apports : des apports en numéraire et des apports en nature, de telle sorte que les Sociétés par actions peuvent être divisées au point de vue des apports effectués par les associés, en trois catégories : 1° Les Sociétés dont le capital social est exclusivement formé par des apports en numéraire; 2° les Sociétés dont le capital consiste uniquement en apports en nature (1). 3° les Sociétés dans lesquelles le capital social est composé à la fois dans des proportions qui dépendent des conventions sociales, d'apports en numéraire et d'apports en nature. Tout apport qui ne consiste pas en numéraire est soumis par la loi à vérification. La loi soumet à la même formalité les avantages particuliers qui peuvent être stipulés par les associés. Quels sont ces apports et ces avantages, quelles sont les conditions de cette vérification, telles sont les deux questions que nous allons étudier.

(1) V. C. de la Réunion, 16 juin 1876. — D. 78. 2. 201. — Cass. 26 avril 1880. S, 81. 1. 5. — Req. 9 nov. 1887. D. 88. 1, 202.

Section I

Des apports et avantages soumis à l'approbation préalable

Que doit-on entendre par apports en nature, par avantages particuliers ?

Les apports en nature sont, d'après l'art. 4 de la loi « tous ceux qui ne consistent pas en numéraire », meubles ou immeubles, par exemple, un immeuble, une concession de mine, une clientèle, un fonds de commerce, un brevet d'invention, des machines, une industrie, un secret utile, un procédé industriel. De même l'apport fait à une Société en formation de l'actif d'une Société dissoute (par voie de transformation, de fusion, de cession) (1).

L'expression de la loi est très générale : si elle exige en effet que chaque associé contribue à la formation de la Société par une mise, elle n'exige pas que les mises soient de même nature (art 1833 C.C.). Tout ce qui peut être utile à la Société à un titre quelconque constitue un apport valable. Le Code de Commerce (art. 34) semble bien prévoir que le plus souvent l'apport consistera en argent, mais ce genre d'apport n'a rien d'obligatoire.

Le législateur s'est dit que les apports qui

(1) Pont. N° 965. — Cass. Req. 10 mai 1869. D. 69. 1. 523. — Grenoble, 11 déc. 1872. D. 74. 2. 33.

seraient effectués en nature serviraient à l'exploitation sociale, presque toujours lui seraient nécessaires. Que la Société les ait dans son patrimoine par voie d'achat ou qu'elle les reçoive des associés à la place de leur valeur en argent, peu importe ; mais il est important précisément de connaître cette valeur, d'avoir l'exacte estimation de l'apport en nature, pour ne pas être exposé à remettre en échange à l'associé de qui on le tient, une valeur supérieure qui consiste soit en actions (actions de fondation), soit en espèces, soit en un prélèvement sur les bénéfices.

Il arrive souvent que dans les statuts d'une Société, des avantages importants sont stipulés au profit d'un ou de plusieurs fondateurs, au profit du gérant, même d'un simple actionnaire ou même de tous. « Ce qu'on doit entendre par avantages particuliers, dit M. Bédarride (1), est facile à déterminer. L'égalité la plus parfaite doit régner entre les associés, soit dans la distribution des actions, soit dans la participation aux bénéfices. Il y aura donc avantage particulier toutes les fois que l'un des associés recevra des actions libérées en tout ou en partie, ou qu'on lui attribuera soit un traitement annuel, soit un prélèvement sur les bénéfices. »

Dans cette catégorie rentrent les parts de fondateurs. « Il arrive souvent que ceux qui ont eu l'idée de former la Société, qui ont préparé

(1) Bédarride. Comm. de la Loi du 24 juill. 1867. N° 102.

par leurs études et leurs démarches la réalisation de ce projet, qui ont été les promoteurs de l'entreprise, se sont réservé dans les statuts des droits particuliers :, c'est ce qu'on appelle les parts de fondateurs. »

« La part de fondateur donne droit à un prélèvement fixe sur les bénéfices nets de l'exploitation sociale, c'est-à-dire, déduction faite des frais généraux, du service des emprunts, et de l'intérêt à 5 0/0 payé au capital actions. Elle est constatée par un titre. Elle ne donne aucun droit sur le *capital* social, et ne permet pas de prendre part aux assemblées générales des actionnaires » (1). C'est certainement un avantage particulier qui doit être soumis aux différentes formalités de l'art. 4. Dans cet ordre d'idées, l'art. 8 du nouveau projet de loi sur les Sociétés décide que « les avantages consentis aux fondateurs ou à toute autre personne peuvent être représentés par des titres cessibles ou négociables. Ces titres ne donnent droit qu'à une part dans les bénéfices, lesquels, sauf stipulation contraire, sont calculés après le prélèvement d'un intérêt de 5 0/0 au moins au profit des actions. » Il faudrait en dire autant des gratifications ou primes attribuées aux membres du Conseil de surveillance pour services rendus, des prélèvements alloués au gérant comme rémunération de son travail.

(1) Ernest Bousquet. La part de fondateur dans la Société anonyme. — Journal des Soc. Civ. et Comm., p. 749. 1885.

Pourquoi la loi a-t-elle soumis à l'appréciation de deux assemblées générales les apports en nature et les avantages particuliers ?

C'est pour remédier à un abus qui était très commun avant la loi du 17 juillet 1856 : l'exagération des apports en nature et des avantages particuliers. Des fondateurs se faisaient attribuer à titre d'échange de leurs apports en nature ou à titre d'avantages particuliers, un grand nombre d'actions qu'ils se hâtaient de négocier.

Les actions une fois réalisées, ils déclaraient que la Société ne pouvait fonctionner, il fallait liquider et les actionnaires dont la mise avait été quelquefois considérable, ne retiraient après le désastre que des sommes dérisoires.

Sans supposer pareille fourberie, cette pratique quand elle est mise en œuvre a des résultats funestes tant pour les souscripteurs que pour les tiers créanciers des Sociétés par actions.

D'abord pour les souscripteurs : c'est l'évidence ; des apports minimes auxquels les statuts donnent une valeur fictive et en échange desquels les fondateurs reçoivent un grand nombre d'actions, causent une perte aux actionnaires sérieux au moment de la distribution des bénéfices. Leur part est réduite par cette concurrence qui est injuste et déloyale ; elle rompt l'égalité entre les actionnaires en donnant à certains d'entre eux des émoluments auxquels ils n'ont pas droit. Il est vrai que, en théorie,

les actionnaires peuvent se prémunir contre les fraudes par l'examen des statuts, où est certainement indiquée l'évaluation des apports en nature ; ils peuvent la discuter, contester le bien fondé des attributions d'actions faites en retour aux fondateurs, des prélèvements que ceux-ci pourraient opérer. S'ils s'engagent en connaissance de cause, peuvent-ils se plaindre dans l'avenir de faits qu'ils ont eux-mêmes consentis ?

Mais en pratique il en est tout autrement : les souscripteurs se laissent prendre aux belles promesses consignées dans les prospectus, dans les réclames des journaux financiers, ils se laissent éblouir par les grandes affiches multicolores, ils suivent le courant et donnent leur signature, sans penser seulement à se renseigner. Et puis, alors même qu'ils ne voudraient pas s'obliger sans contrôle, que d'embarras n'auront-ils pas pour connaître exactement les conditions dans lesquelles ils s'engagent ! Quels seront leurs éléments d'appréciation ? Comment obtiendront-ils les éclaircissements dont ils ont besoin ? — Ou bien il faut qu'ils s'abstiennent de souscrire, ou bien il faut qu'ils s'engagent aveuglément et donnent leur adhésion à des statuts rédigés par les fondateurs seuls et qu'ils ne connaissent même pas. Voilà ce que s'est dit à tort ou à raison le législateur.

Mais en écrivant l'art. 4 de la loi du 17 juillet 1856 et l'art. 4 de la loi du 24 juillet 1867, le législateur a eu aussi en vue l'intérêt des tiers.

Le patrimoine de la Société est leur gage : si les apports en nature sont exagérés, le capital social est diminué d'autant, il est en partie fictif. Alors qu'ils ont pensé à ce capital considérable bruyamment annoncé au moment où ils ont contracté, en cas de revers de la Société ils ne trouveront presque plus rien : leur garantie sera absolument illusoire et ils s'apercevront seulement alors qu'ils ont été trompés.

Les lois de 1856 et de 1867 ont assimilé aux apports en nature les avantages particuliers et les ont soumis aux mêmes investigations et à la même appréciation.

L'art. 4 de la loi du 17 juillet 1856, s'exprimait ainsi : « Lorsqu'un associé fait, *dans une Société en commandite par actions*, un apport qui ne consiste pas en numéraire, ou stipule à son profit des avantages particuliers, l'assemblée générale des actionnaires en fait vérifier et apprécier la valeur. »

On interprétait ces expressions « dans une Société » en ce sens que, étaient soumis à l'approbation de l'assemblée générale seulement les apports en nature et les avantages particuliers stipulés *aux statuts*. La loi de 1867 ne contenant plus ces expressions, la même solution devrait-elle être adoptée ? Nous tenons pour l'affirmative, l'art. 4 ne vise que les avantages stipulés au commencement de la Société et même avant sa constitution, et nous croyons par suite que seraient dispensés de l'appréciation, les arrangements parti-

culiers faits entre le gérant et des actionnaires (par exemple : pour encaisser autrement qu'en numéraire le montant des actions par eux souscrites) postérieurement aux statuts et à la souscription, sauf à nous demander tout à l'heure s'ils ne tombent pas dans certaines hypothèses sous le coup d'une autre disposition de la loi de 1867.

« Elles réalisent (les prescriptions de l'art. 4), dit le rapporteur de la Loi de 1867, pour le cas où elles s'appliquent un véritable progrès ; elles font de la souscription une adhésion purement conditionnelle *aux statuts* et placent dans la double assemblée prescrite pour l'appréciation des apports et des avantages, le consentement vraiment éclairé et définitif des actionnaires. » (1) Notre opinion est donc conforme aux travaux préparatoires. Du reste, ces stipulations absolument étrangères aux statuts n'ont pu avoir aucune influence sur les souscriptions, aucune manœuvre frauduleuse n'a été employée ; les souscripteurs n'ont donc pas été trompés sur ce point (2). La jurisprudence a décidé conformément à ce raisonnement que ne devait pas être considéré comme apport soumis à la la vérification et à l'appréciation prévues par l'art. 4, la vente d'une usine que l'un des associés consent à la Société dont il fait partie, postérieurement à l'acte constitutif et à la

(1) Duvergier, Lois 1867. T. 67, p. 258.
(2) Amiens, 16 janv. 1875. S 75. 2. 193.

souscription des actions (1). De même une gratification allouée au gérant ou à des membres du conseil de surveillance pour services rendus à la Société, ne devrait pas être approuvée : c'est un avantage qui ne pouvait être prévu et déterminé au moment de la rédaction des statuts (2).

Nous avons vu que le versement du premier quart sur le montant de chaque action doit avoir lieu en espèces. Si le gérant autorisait un actionnaire à se libérer autrement, la stipulation serait nulle, non pas comme avantage particulier, mais comme stipulation contraire à l'art 1, al. 2; les créanciers et les actionnaires pourraient, en cas de déconfiture de la Société, actionner le gérant en responsabilité du dommage causé et obliger les actionnaires qui avaient effectué leur paiement d'une façon irrégulière, à opérer leur versement en numéraire.

On a prétendu malgré la généralité de l'art. 4, que les formalités de l'art. 4 n'étaient applicables que dans le cas où celui qui avait fait un apport ou stipulé des avantages particuliers était un simple associé, mais que dans le cas où il était investi par les statuts de fonctions dans la Société, où il était gérant

(1) Aix, 9 avril 1867, sous Cass. 11 mai 1870. S. 70. 1. 425.— Grenoble, 28 déc. 1871. S. 72. 2. 37 et sur le pourvoi Cass., 14 juill. 1873. D. 76. 1. 160. — Note de M. Bourguignat, sous Amiens, 16 janv. 1875. S. 75. 2. 193. — Pont. Sociétés. N° 980.

(2) Beudant. Rev. Crit. T. 36. 1870, p. 138.

notamment, elles ne le seraient plus. Ce système est tout à fait inacceptable : il a, du reste, été condamné par la jurisprudence comme faisant une distinction arbitraire et en dehors des termes de la loi. Un fondateur se serait lui-même nommé gérant ; à cause même de cette qualité, il se serait attribué les avantages les plus variés, traitement, indemnités, frais de représentation, prélèvements sur les bénéfices, et parce qu'il serait gérant tout cela échapperait au contrôle de l'assemblée générale. Quand il s'agirait de ces avantages il n'aurait qu'une qualité ou plutôt la première qualité absorberait l'autre, il serait gérant et pas associé! C'est inadmissible. — On objecte, il est vrai, que, en signant sa souscription, l'actionnaire a adhéré aux statuts et s'est approprié toutes leurs dispositions. Mais n'en est-il pas pour les simples associés comme pour le gérant ? L'adhésion aux statuts devrait lier aussi les simples actionnaires apporteurs en numéraire vis-à-vis de leurs coassociés auxquels les statuts permettraient de faire des apports en nature ou attribueraient des avantages particuliers : l'art. 4 de la loi de 1867 permet précisément de revenir sur cette convention qui, en droit commun, devrait faire la loi des parties.

« Il semble, dit M. Duvergier, que le contrat est formé et que toutes les parties ayant consenti, ne peuvent plus se livrer à une vérification quelconque et subordonner leur engagement au

résultat de leurs investigations. Mais le législateur sachant avec quelle légèreté et quel emportement se font souvent les souscriptions individuelles au projet d'association, a voulu protéger les commanditaires contre leur faiblesse ou leur emportement, il a voulu que le contrat n'eût sa perfection que lorsque les contractants auraient eu le temps de réfléchir, de s'entendre et de délibérer sur la valeur de l'apport et la cause des avantages particuliers. » Ce motif de la disposition de l'art. 4 ne s'applique-t-il pas au gérant comme aux autres associés ? Où voit-on dans la loi, trace d'une exception faite en sa faveur ? L'art. 4 est une mesure de protection prise en faveur des actionnaires, principalement contre les fondateurs : si le gérant est fondateur il y a alors double raison de l'appliquer. « Il arrive souvent, dit M. Romiguière (1), qu'indépendamment du prix de l'apport imposé à la Société, on stipule en outre au profit du gérant ou de tels autres fondateurs, des avantages sous diverses formes qui passent inaperçus et qui peuvent avoir une grande importance. Tout cela fait, en réalité, sinon directement, au moins indirectement et accessoirement, partie du prix de l'apport et tombe sous le contrôle de l'Assemblée. » Lorsque le gérant est un associé, il y a un contrat de louage de services qui vient se greffer sur l'acte de société : il promet ses services, et

(1) Romiguière. N° 42. Comm. sur la Soc. en Comm. par act.

il reçoit en retour « un avantage social » (1), avantage qui doit être soumis à l'application de l'assemblée générale (2).

M. Pont qui adopte en principe l'opinion que nous défendons, prétend que le traitement fixe ne constitue pas un avantage particulier dans le sens de l'art. 4 qui vise seulement des émoluments éventuels attribués au gérant sous diverses formes. « C'est, dit-il, une convention sociale qui a sa cause et sa justification dans les fonctions dont le gérant est investi et dans les responsabilités attachées à sa gestion.» (3) La jurisprudence a confirmé cette opinion en matière fiscale en déclarant que la clause des statuts qui attribue au gérant en cette qualité, une rétribution fixe à prélever avant tout partage des bénéfices, constitue une disposition dépendante de l'acte et ne donne lieu à aucun droit particulier d'enregistrement. Il peut se faire d'ailleurs que le traitement du gérant ne soit pas fixé dans les statuts constitutifs et qu'il soit déterminé plus tard par le Conseil de surveillance. Que parle-t-on alors d'avantages particuliers? — Cette distinction entre le traitement fixe et les rétributions éventuelles n'a pas été admise par la loi : elle pourrait servir à masquer un abus. Le mot traitement est un

(1) Vavasseur. Soc. Civ. et Comm. N° 411.

(2) Bédarride. Comm. de la L. du 24 juill. 1867. N° 103. — Rivière. N° 52. — Bordeaux, 5 nov. 1865. D. 67. 2. 7. — Pont. N° 276. — Alauzet. N° 457. Comm. du C. de Comm.

(3) Pont. Comm. Traité des Soc. Civ. et Comm. N° 976.

mot élastique qui pourrait servir à déguiser tous les avantages particuliers. Ce serait un moyen trop facile d'éluder cette loi (1).

Il peut se faire que des avantages soient conférés par les statuts, non plus à un seul associé, mais à toute une classe d'actionnaires : ils sont soumis à l'approbation, parce qu'ils auraient pour effet de rompre l'égalité qui doit exister entre tous les actionnaires au préjudice de ceux qui ne doivent pas profiter des avantages stipulés. Il n'en serait plus de même si aucun des associés n'était exclu de ce bénéfice, moyennant certaines conditions ; on ne pourrait plus dire alors qu'il y a stipulation d'avantages *particuliers*. Exemple : les statuts accordent aux associés la faculté de ne verser qu'après un certain délai la seconde moitié de l'apport : mais ils décident que les actionnaires qui verseront l'intégralité dans le mois de la constitution auront le droit de toucher le dividende des actions tous les trois mois au lieu de le toucher par semestre (2).

Quand un abus existe, il importe de lui opposer des entraves et de le réprimer : Quel est le système adopté par le législateur pour empêcher l'exagération des apports en nature et des avantages particuliers ?

Cette question fera l'objet des trois sections suivantes (3) :

(1) Alauzet. Comm. du C. de Com. N° 457.
(2) Pont. N°s 978-979.
(3) Section II. Des assemblées à qui la loi donne mission de pro-

Section II

Des Assemblées à qui la loi donne mission de prononcer sur les apports en nature et les avantages particuliers, de leurs délibérations et de leurs votes.

C'est en effet à deux assemblées générales d'actionnaires (1) que la loi a confié le soin de déjouer les calculs des *apporteurs* trop intéressés. On a fait cette remarque que l'estimation d'un apport faite par les associés peut être très différente de la valeur que les créanciers peuvent attacher à ce même apport, en se plaçant au point de vue de leur droit de gage sur le capital. Un objet peut avoir une grande valeur au début de l'entreprise et n'en avoir plus aucune au moment de la liquidation. Il en peut être ainsi pour les marchandises, le mobilier industriel, les terrains ; les brevets d'invention, les procédés nouveaux dans certaines industries sont même difficilement appréciables en argent. Comment l'intérêt des créanciers sera-t-il sauvegardé ? Presque toujours il se confondra avec celui des associés, aussi la loi de 1867 pas plus que celle de 1856 ne paraît-elle s'être préoc-

noncer sur les apports en nature et les avantages particuliers et de leurs délibérations. — Section III. Conséquences du vote de la seconde assemblée. — Section IV. Exception à l'art. 4.

(1) Ces assemblées sont appelées constituantes parce que de leur réunion dépend la constitution de la Société.

cupée de la valeur différente que peuvent avoir les apports en nature aux yeux des tiers et aux yeux des associés (1).

Le système adopté par la loi du 24 juillet 1867 est le même que celui de la loi du 17 juillet 1856. Toutefois, la loi de 1867 contient une modification à la précédente : l'une et l'autre exigent bien deux réunions de l'assemblée générale des actionnaires; mais la loi de 1856 ne prescrivait aucun délai entre ces deux réunions et l'on en avait conclu, non sans grande apparence de raison, que deux réunions tenues le même jour, à quelques heures d'intervalle, répondaient au vœu et au texte de la loi, qu'il suffisait que l'assemblée générale se fût réunie deux fois (2). La loi du 23 mai 1863 vint décider qu'une seconde convocation devrait être adressée aux actionnaires. La loi de 1867 a complété les deux lois précédentes en décidant que la seconde assemblée générale ne pourra statuer sur l'approbation de l'apport ou des avantages qu'après un rapport qui sera imprimé et tenu à la disposition des actionnaires au moins cinq jours avant la réunion (art. 4 et 24). C'est une des précautions minutieuses que le législateur de 1867 a prises pour assurer un contrôle sérieux et empêcher les abus.

Il ne servirait de rien de forcer les associés

(1) Beudant. Rev. Crit. T. 36, p. 139. Année 1870.

(2) Douai, 22 mars 1865. S. 66. 2. 13. — Contra Trib. de Comm. de Lille, sous arrêt de Douai.

à s'unir pour contrebalancer l'influence des fondateurs, si on ne leur donnait le pouvoir et le temps de pousser aussi loin que possible leurs investigations, et de rechercher ou faire rechercher tous les éléments d'appréciation qui leur seront utiles pour exprimer leur vote en connaissance de cause.

Tous les associés peuvent-ils prendre part à ces deux assemblées prévues par l'art. 4 ? La question ne peut faire doute, l'art. 4 al. 1 étant absolument général. Tous doivent y être convoqués puisque de leur vote dépend la constitution définitive de la Société. Le droit de vérifier et d'apprécier la valeur des apports en nature et la cause des avantages particuliers, appartient donc *à tous ceux qui ont adhéré aux statuts* et le vote a lieu par tête. On ne pourrait donc tenir compte des clauses des statuts qui excluent des assemblées les actionnaires ne possédant pas un certain nombre d'actions, ou qui donnent à chacun d'eux un nombre de voix proportionnel au nombre de ses actions. La loi n'a pas voulu que les petits souscripteurs, ceux qui ont le plus d'intérêt à ce que l'équité la plus stricte soit observée dans l'appréciation des apports, soient écartés par les gros actionnaires (parmi lesquels se trouvent souvent les fondateurs eux-mêmes ou des gens qui leur sont dévoués), ou bien voient leurs votes annihilés par des votes plus puissants en cas de vote proportionnel.

M. Vavasseur croit, en effet, que les statuts des Sociétés en commandite pourraient décider que le vote sera proportionnel à l'intérêt, par analogie de l'art. 27 al. 2, dont nous enregistrerons bientôt la disposition, pourvu que la stipulation soit formelle et spéciale (1).

Les clauses relatives à l'exclusion de certains actionnaires qui ne possèdent pas un nombre d'actions déterminé ou au vote proportionnel, trouveront leur application après la constitution de la Société, lorsqu'il s'agira de la formation de l'assemblée générale annuelle ou de l'expression du vote de chacun dans cette assemblée ; mais avant la constitution de la Société les statuts n'ont encore aucune valeur, ils n'existent que conditionnellement, on ne peut donc à cette époque en invoquer les dispositions.

Il n'en est pas tout à fait de même en matière de Sociétés anonymes ; l'art. 27 al. 2 admet bien que tout actionnaire peut prendre part aux délibérations et voter, *quel que soit le nombre de ses actions ;* mais il décide aussi que les statuts seront applicables quant au mode de computation des voix qu'ils auraient pu déterminer. Le nombre de voix de chaque actionnaire peut donc, lorsqu'il s'agit de Sociétés anonymes, être proportionnel au nombre de ses actions : il ne peut être toutefois supérieur à dix, alors même que les statuts lui en donneraient

(1) Vavasseur. N° 421.

deux ou trois fois plus, suivant le nombre de ses actions.

La loi ne parle pas du mode de convocation : il suffit donc que tous les souscripteurs soient appelés. Les fondateurs pourront prendre le moyen qui leur plaira et ils ont tout intérêt à prendre le meilleur et le plus sûr, pour obtenir facilement la majorité, en nombre et en sommes, exigée par la loi. La jurisprudence se conformant à un usage général du commerce admet la convocation par la voie des journaux. La convocation doit contenir un certain nombre d'énonciations nécessaires : le lieu, le jour et l'heure de la réunion, à peine est-il besoin de le dire.

Quant à l'intervalle qui doit séparer la convocation de la réunion, il n'est pas non plus fixé par la loi. Les fondateurs devront s'arranger de telle façon que tous les souscripteurs puissent, s'ils le désirent, se rendre à l'appel qui leur est adressé.

Il faut donc nécessairement deux assemblées générales. Dans plus d'une circonstance, un examen rapide et de peu de durée suffirait à renseigner les souscripteurs : pourquoi ne pas les autoriser à donner immédiatement leur approbation ? Le législateur ne pouvait laisser à la fantaisie des actionnaires l'exécution de ses prescriptions : sinon elles seraient restées lettre morte. Si dans un cas il était permis de n'en pas tenir compte, on les tiendrait bientôt pour inutiles en général, et le but que le législateur s'est proposé serait

manqué. Les actionnaires restent isolés et laissés à eux-mêmes jusqu'au moment de l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers, mais quand il s'agit de prononcer sur les prétentions des fondateurs et des gérants, la loi les force à se rapprocher pour s'éclairer les uns les autres, pour s'assurer que les annonces et les prospectus ne leur ont pas fait des promesses chimériques, pour résister aux entreprises malhonnêtes dont on essaierait de les rendre victimes. C'est en commun que les actionnaires devront procéder à cet examen et l'on comprend très bien qu'il ne leur soit pas permis d'émettre dès la première réunion un vote définitif. La rédaction d'un rapport, l'obligation d'une convocation spéciale, le délai nécessaire entre la réunion des deux assemblées sont faits pour modérer l'enthousiasme exagéré que des gens habiles auraient pu provoquer dans leur intérêt. « Il y a dans les Sociétés comme en d'autres associations, disait M. Mathieu, rapporteur de la Commission, une lune de miel dont les ardeurs peuvent être dangereuses, si elles ne sont pas contenues » (1).

La première Assemblée générale, nous dit l'art. 4 de la loi du 24 juillet, *fait apprécier* la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés. Telle est sa mission : ordonner la vérification, déterminer les formes dans lesquelles

(1) Rapport de la Commission.

cette vérification sera faite. La loi ne précise pas autrement les droits et devoirs de la première Assemblée : elle ne se prononce pas sur les mesures qui devront être prises pour éclairer l'Assemblée qui sera réunie plus tard. L'Assemblée pourra par exemple ordonner une expertise si elle le juge utile ou nécessaire, ou se contenter des éléments d'appréciation qui sont à ce moment même à sa disposition. La loi impose seulement la rédaction d'un rapport.

La nomination d'une Commission est-elle nécessaire pour la rédaction de ce rapport et la recherche des documents qui serviront à le préparer ?

Des auteurs tiennent pour l'affirmative. La loi de 1867 ne permet à la deuxième Assemblée générale de statuer qu'après l'impression d'un rapport qui doit être tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion ; les lois du 17 juillet 1856 et du 23 mai 1863 ne prescrivaient pas la rédaction de ce rapport. Par qui sera-t-il élaboré et préparé si ce n'est par une Commission (1) ?

MM. Vavasseur et Pont, prétendent que la nomination d'une Commission n'est pas nécessaire. La loi prescrit la vérification, mais elle laisse la première Assemblée libre de choisir le mode d'exécution qui lui paraîtra préférable. Un membre du Corps législatif ayant proposé que

(1) Bédarride. N° 105. — Beudant : Rev. Crit. 1870. T. 36, p. 141.

la première Assemblée désigne « trois personnes prises soit dans son sein, soit en dehors et leur donne la mission d'apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés et que ces trois personnes fassent un rapport lequel signé d'elles, serait imprimé et tenu à la disposition de tous les actionnaires, » l'amendement fut repoussé. Il en résulte que l'Assemblée pourra nommer une Commission, mais que cette nomination n'a rien d'obligatoire : elle peut très bien confier la rédaction du rapport à l'un de ses membres, s'il lui paraît inutile de prendre de plus larges précautions. « Ainsi, disait le rapporteur de la loi, du moment où la première Assemblée fait apprécier la valeur de l'apport, etc., elle est libre de désigner trois personnes un moindre ou un plus grand nombre prises soit dans son sein soit en dehors. Pourquoi gêner sa liberté et l'astreindre à nommer trois appréciateurs si un seul lui paraît suffisant ou si cinq lui semblent nécessaires (1).»

Si la première assemblée nommait une commission, c'est à celle-ci qu'incomberait le choix de son rapporteur. La loi étant muette à cet égard, on admet même que le gérant pourrait nommer le rapporteur si l'assemblée l'y avait autorisé même tacitement : solution peu conforme au but que s'est proposé la loi.

En résumé donc, nous croyons que la nomi-

(1) Rapp. Supp. N° XVI. — Vavasseur. N° 405. — Pont. N° 990. — Alauzet. N° 458.

nation d'une commission comme la nomination d'experts est pour l'assemblée un acte de pure faculté.

D'après l'art. 10, al. 1, du nouveau projet de loi sur les Sociétés, la première assemblée générale doit nommer des commissaires à l'effet d'apprécier la valeur des apports qui ne consistent pas en espèces ou la cause et l'importance des avantages stipulés, et la deuxième assemblée ne peut statuer qu'après un rapport fait par les commissaires nommés par la première assemblée (art. 11, al. 1).

« Dans tous les cas, ajoute l'art. 11, al. 4, si le quart des actionnaires présents le demande, il doit être procédé à la vérification de la valeur des apports ainsi que de la cause et de l'étendue des avantages par un ou trois experts désignés contradictoirement avec un délégué des réclamants par le Président du Tribunal de Commerce du siège social. — L'expertise est poursuivie aux frais de la Société à la requête de la partie la plus diligente. »

Que devra contenir le rapport dont parle l'art. 4, al. 3? — Tout ce qui pourra aider la deuxième assemblée à rendre une décision sérieuse, tout ce qui sera de nature à faciliter pour chaque actionnaire l'émission d'un avis éclairé, notamment le résumé des travaux de vérification, d'appréciation, d'expertise, l'indication de la valeur de l'apport, etc. Les conclusions du rapport ne sauraient évidemment lier

les actionnaires ; elles peuvent être discutées dans la deuxième assemblée et elles ne représentent en somme qu'une opinion.

Le rapport doit être imprimé et tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale. Il suffit donc que le rapport soit mis « à la disposition des actionnaires ». Mais comment les actionnaires connaîtront-ils le lieu où le rapport est déposé, comment sauront-ils même qu'il est imprimé ? La loi ne prescrit à cet égard aucune obligation aux fondateurs ni aux gérants. M. Bédarride pense « que le législateur, en exigeant que le rapport fût tenu à la disposition des actionnaires, a nécessairement entendu que ceux-ci seraient prévenus du jour où ils pourraient en prendre connaissance » soit par circulaire spéciale, soit par publications dans les journaux après enregistrement d'un exemplaire imprimé du rapport, soit par la convocation des actionnaires plus de cinq jours avant la date fixée pour la réunion ; la convocation dans la dernière hypothèse indiquerait implicitement aux actionnaires le dépôt du rapport (1).

Nous venons de voir quels soins la loi a cru devoir prendre pour la préparation de la deuxième assemblée : l'importance de la décision qui doit être rendue par cette assemblée justifie bien ces mesures de prudence.

(1) Bédarride. N° 106. — Pont. N° 996.

Elle doit, en effet, *statuer* sur la valeur des apports ou sur la cause des avantages particuliers. La Société n'étant définitivement constituée qu'après l'approbation de l'apport ou des avantages (art. 4 al. 2), c'est du vote de la deuxième assemblée que dépend l'existence ou l'inexistence de la Société, son rôle est décisif, elle émet un vote d'approbation ou de rejet.

L'art. 4 al. 4 prévoit les conditions exigées pour la validité des délibérations lorsqu'il s'agit de Sociétés en commandite. Il est ainsi conçu : « Les délibérations sont prises par la majorité des actionnaires présents. Cette majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire. Les associés qui ont fait l'apport ou stipulé des avantages particuliers soumis à l'appréciation de l'assemblée n'ont pas voix délibérative. »

Il faut donc : 1° que la délibération soit prise à la majorité, c'est-à-dire par la moitié plus un des actionnaires présents ; 2° que cette majorité soit composée au moins du quart des souscripteurs ; 3° que le nombre des actions appartenant à ces derniers représente le quart du capital social en numéraire, c'est-à-dire soit égal au moins au quart du nombre total des actions.

Pour les Sociétés anonymes, l'art. 30 de la loi de 1867 décide que « les assemblées qui ont à délibérer sur la vérification des apports..... doivent être composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital

social. Le capital dont la moitié doit être représentée pour la vérification de l'apport se compose seulement des apports non soumis à vérification ». La loi ne s'occupe donc pas de la majorité en nombre dans les sociétés anonymes. Cependant, d'après un arrêt de la Cour d'Amiens du 24 décembre 1886 et un arrêt de la Cour de Paris du 12 janvier 1887, l'art. 30 règle simplement la composition de l'assemblée et non la question de majorité. Dans les Sociétés anonymes comme dans les Sociétés en commandite par actions l'approbation des apports en nature ne peut résulter que d'un vote exprimé par une majorité représentant le quart du nombre des actionnaires et le quart du capital social en numéraire (1). Cette décision peut s'appuyer sur la différence des termes des art. 30 al. 1 et 4 al. 4, ce dernier article applicable en matière de Sociétés anonymes comme en matière de commandites par actions, d'après l'art. 24. L'art. 30 parle de la *composition* de l'assemblée appelée à délibérer sur les apports en nature lorsque la Société est anonyme, et elle fixe à la moitié au minimum le chiffre du capital social que doivent représenter les actionnaires présents : l'art. 4, al. 4, veut que les délibérations soient prises à la *majorité* des actionnaires présents et cette majorité doit com-

(1) Amiens, 24 déc. 1886. — Paris, 12 janvier 1887. Annales de Dr. Comm. 1887. 2e partie. Jurispr. p. 134 et 137. — Contra : Angers, 25 janv. 1887 analysé sous Cass. Req. 22 fév. 1888. D. 88. 2. 297.

prendre *le quart des actionnaires* et représenter *le quart du capital social en numéraire.*

Supposé que le nombre des actionnaires présents à l'assemblée générale d'une Société anonyme soit inférieur à la moitié du capital social, l'assemblée ne peut prendre qu'une délibération provisoire : il y a lieu alors de convoquer une nouvelle assemblée générale. Deux avis publiés à huit jours d'intervalle, au moins un mois à l'avance, dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales (1), font connaître aux actionnaires les résolutions provisoires adoptées par la première assemblée générale. Le vote de la nouvelle assemblée rendra ces résolutions définitives, si la nouvelle assemblée qui les approuve est composée d'actionnaires représentant le cinquième au moins du capital social. Il est évident que dans cette hypothèse les Cours d'Amiens et de Paris ne pourraient plus appliquer l'art. 4, au moins en ce qui concerne la représentation du capital, pour la formation de la majorité.

Les deux majorités en nombre et en sommes ne s'appliquent qu'aux délibérations de la deuxième assemblée générale. On peut invoquer en faveur de cette opinion plusieurs arguments :

1° Un argument tiré des travaux préparatoires : « Il n'y a pas de vote dans la première assemblée », a-t-il été dit dans la discussion de

(1) Le nouveau projet de loi qui reproduit cette disposition dit : « dans le Bulletin des Sociétés ».

la loi, et le rapporteur a déclaré, au nom de la Commission, que c'est la deuxième assemblée seulement, convoquée spécialement ad hoc, qui, après s'être éclairée, votera d'une manière définitive et en connaissance de cause sur l'évaluation des apports en nature. Jusqu'à cette assemblée tout est préparatoire, les délibérations n'ont été que provisoires, il n'est pas pris de résolutions importantes : la pensée vraie de la loi a été de ne prescrire une majorité spéciale que pour la deuxième assemblée qui, par sa décision, peut créer des droits et des obligations, lier les actionnaires vis-à-vis du gérant, des fondateurs ou d'autres actionnaires et parfois leur causer préjudice.

2° On ne comprendrait pas qu'après une approbation d'apports en nature ou d'avantages particuliers donnée par la seconde Assemblée, la Société constituée aux termes de l'art. 4 al. 2 pût être frappée de nullité, parce qu'on découvrirait un jour que la majorité en nombre ou en sommes n'existait pas quand l'Assemblée a ordonné de prendre telle ou telle mesure de vérification.

3° La loi est muette en ce qui concerne la première Assemblée : l'alinéa qui est relatif à la majorité suit immédiatement un alinéa qui est exclusivement consacré à la seconde Assemblée générale.

4° On ne peut invoquer les mots du texte « les délibérations sont prises » : chaque apport

en nature devant nécessairement faire l'objet d'une délibération spéciale, il arrivera presque toujours que l'Assemblée aura à prendre plusieurs délibérations ; la loi a prévu ici le plerumque fit (1).

Il peut se faire que les membres présents ne correspondent pas en nombre au quart des actionnaires ; il peut se faire que le quart des actionnaires présents ne représente pas le quart du capital social en numéraire ; il peut arriver que ni l'une ni l'autre de ces conditions ne soit remplie. Question : la Société est-elle nécessairement et radicalement nulle ?

Premier Système. — La Société est nulle, tout est à recommencer ; la convocation et la réunion d'une nouvelle assemblée générale, seraient absolument inutiles, elles seraient impuissantes à rétablir ce qui a été détruit.

Rien de plus topique à ce point de vue que la comparaison de l'art. 4 et de l'art. 30 de la loi de 1867. L'article 30 décide en matière de Sociétés anonymes que dans le cas où l'assemblée générale ne réunit pas un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social, elle ne peut prendre qu'une délibération provisoire, mais une nouvelle assemblée doit être convoquée. Les résolutions prises par la précédente assemblée ne seront définitives que si elles

(1) Bédarride, N° 109. — Pont, N° 1000. — Lyon-Caen et Renault, N° 110.

sont approuvées par la nouvelle assemblée composée d'un nombre d'actionnaires représentant, non plus la moitié, mais le cinquième au moins du capital social. Non seulement cet article prévoit, lorsqu'il s'agit d'une Société anonyme, la possibilité d'une réunion nouvelle de l'assemblée générale, mais il en règle la constitution. Or, rien de semblable pour la Société en commandite ; sur ce point, silence absolu de l'art. 4. Ne faut-il pas logiquement en conclure que ce silence équivaut à une prohibition ? Et si l'on va au fond des choses, le législateur n'a-t-il pas raison de considérer comme un refus d'adhésion l'abstention des souscripteurs de se rendre à l'invitation du gérant et des fondateurs ? Enfin les actionnaires présents qui ont voté ou qui avaient l'intention de voter contre le maintien ou plutôt contre la constitution de la Société, ont un droit acquis à ce qu'elle reste nulle ; à leur égard le projet de Société doit être considéré comme n'ayant jamais existé et il ne serait pas admissible qu'une majorité, votant sur un projet de Société qui n'existe plus, mais qu'elle ferait revivre on ne sait comment, pût violer un droit aussi certain, aussi bien établi, et fit entrer les souscripteurs malgré eux dans une Société dont ils ont voulu se retirer (1).

MM. Mathieu et Bourguignat qui admettent ce système en principe reculent devant ses consé-

(1) Bédarride. N^os^ 108-109. — Pont. N° 1001. — Ruben de Couder, V° Soc, en comm. N° 142. — Lyon-Caen et Renault. N° 421.

quences : « Il serait bien dur, disent ces auteurs, là où une nouvelle assemblée convoquée réunirait et au-delà le nombre d'actions et la somme de capital exigés par la loi, de considérer la Société comme annulée de fait, et nous inclinons à penser que, dans ce cas, les tribunaux devraient la maintenir. La présence des actionnaires et la double délibération protesteraient contre la supposition d'une désertion du projet de Société » (1).

Deuxième Système. — Nous croyons qu'on ne peut assimiler aussi facilement au refus d'approbation l'abstention des actionnaires par suite d'absence. Peut-on dire sérieusement qu'il y a dans ce cas « défaut d'approbation ». Cette formule suppose un vote de rejet. Or il n'y a eu ni délibération ni vote, puisque l'assemblée n'était pas en nombre et jusqu'à ce que l'assemblée se soit effectivement prononcée, on peut croire que le gérant ou les souscripteurs restent tenus les uns vis-à-vis des autres. Rien ne prouve, en effet, que l'absence d'une majorité après une seule convocation n'est pas due à des circonstances fortuites, à un fait absolument involontaire pour un bon nombre d'actionnaires ou même à une simple négligence.

Il serait bien plus facile aux actionnaires qui s'abstiendraient avec l'intention formelle de faire échouer le projet de Société, de constituer

(1) Mathieu et Bourguignat. N° 46.

une majorité qui émette immédiatement un vote de rejet, vote qui donnerait lieu à un remboursement.

On argumente de la différence des majorités exigées pour la Société anonyme et de l'art. 30 qui prévoit la possibilité d'une nouvelle convocation quand il s'agit de ce genre de Société. Mais la différence en ce qui concerne les majorités est injustifiable. De ce que les majorités sont différentes, il ne peut s'en suivre qu'une nouvelle réunion soit possible d'un côté, impossible de l'autre.

La loi prévoit le cas, il est vrai, pour la Société anonyme ; mais au lieu de tirer de l'art. 30 un argument a contrario, nous en tirerons un argument d'analogie en faveur de notre solution. Si la loi autorise une nouvelle convocation de la deuxième assemblée générale, en matière de Société anonyme, il nous semble impossible qu'elle la prohibe en matière de Société en commandite par actions. Une différence à ce point de vue serait totalement inexplicable. Il est inutile de chercher perpétuellement à mettre le législateur en contradiction avec lui-même.

La majorité ne pourrait toutefois être réduite, il faudrait qu'elle comprît le quart des actionnaires et le quart du capital social en numéraire (1).

(1) Vavasseur. N° 422. — Alauzet. N° 461. — Dalloz. V° Société. N° 1202.

Si après nouvelle convocation, les souscripteurs refusaient de nouveau de se rendre à l'appel qui leur est fait, on pourrait voir là la preuve d'une abstention volontaire et systématique : les fondateurs et les souscripteurs pourraient se considérer comme libérés.

Revenons au vote de l'assemblée. Nous savons que tout souscripteur a le droit de voter. A-t-il le droit de se faire représenter par mandataire? La loi dit que les délibérations doivent être prises par la majorité des actionnaires présents. Il ne faut pas conclure de ces expressions que la présence physique soit indispensable. La faculté de se faire représenter par un fondé de pouvoirs est de droit commun, il suffira que ce fondé de pouvoirs soit muni d'une procuration spéciale.

Un souscripteur en numéraire serait-il valablement représenté par un actionnaire qui a fait un apport en nature et auquel il aurait donné mandat? L'affirmative découle des principes du mandat, bien que le vote du mandataire puisse être suspecté; il peut se faire qu'il ne soit pas absolument désintéressé, mais cela ne suffit pas pour qu'on puisse l'empêcher de prendre part au vote. Ce n'est pas lui qui vote, on doit faire abstraction de sa personne et de sa qualité d'apporteur : c'est le souscripteur, le représenté qui vote par l'intermédiaire de son mandataire (1).

(1) Paris, 12 janv. 1887. — Gaz du Pal : Mars, 1887. P. 269.

La majorité, lorsque l'assemblée est valablement constituée, est la majorité absolue. Les parties ne peuvent l'abaisser, mais rien ne s'opposerait à ce que, par convention spéciale, au lieu de la laisser fixée à la moitié plus une voix, elles l'élèvent à un chiffre supérieur.

« Les associés qui ont fait l'apport ou stipulé les avantages particuliers soumis à l'appréciation de l'Assemblée, n'ont pas voix délibérative » nous dit l'art. 4. La loi ne peut être plus formelle : on comprend très bien qu'il leur soit défendu de contribuer à former une majorité dans une Assemblée qui doit prononcer sur leurs intérêts. On ne peut être à la fois juge et partie. Toutefois si la loi leur interdit de de voter, elle ne les empêche pas d'assister à la délibération, d'y donner les explications qui leur seraient demandées, de prendre part à la discussion, en un mot de prouver la sincérité de leurs apports, ou de justifier du bien fondé de leurs prétentions.

Il en est ainsi dans tous les cas, même lorsque les apporteurs en nature ont souscrit des actions en numéraire lorsqu'en échange de leurs apports ils ont reçu de l'argent. Le motif de les exclure est toujours le même : leur vote est suspect, leur impartialité est douteuse. On a raison de supposer qu'ils seront toujours tentés de faire pencher la balance du côté où ils voient leur intérêt.

Par suite, lorsque des actionnaires d'apport

sont en même temps souscripteurs en numéraire, pour calculer le quart en nombre ou en sommes au point de vue de la majorité, il y a lieu de faire abstraction des associés qui réunissent la double qualité de souscripteurs et d'apporteurs en nature, et de défalquer le montant de leurs actions sur le capital en numéraire. Une Société compte douze souscripteurs, son capital numéraire est représenté par 800 actions, et quatre actionnaires qui ont fait en même temps un apport en nature ont souscrit 160 actions : les 640 autres appartiennent à des actionnaires en numéraire. Pour la validité du vote d'approbation, exigera-t-on la majorité de trois actionnaires représentant 200 titres ou bien la majorité de deux actionnaires représentant 160 titres sera-t-elle suffisante ?

Pour la première opinion, on invoque le texte de la loi qui est général (art. 4 al. 4) et l'on dit que la vérification qu'il ordonne ne peut être sérieuse s'il n'est pas satisfait à ses prescriptions. Si l'on n'exige pas la stricte observation du texte, rien ne sera plus facile que d'attribuer aux apports en nature une valeur qu'ils n'ont pas et de les faire approuver par des actionnaires représentant une partie infime du capital social : puis on lancera dans le public des actions sans valeur : il n'y a rien de plus contraire au vœu de la loi (1).

(1) Angers, 25 janv. 1887. Pand : Franç : périod. 1888. 1. 192. — Amiens, 24 déc. 1887. Annales de Droit Comm. 1887. 2e partie Jurispr. p. 131. Solution implicite.

La Cour de Paris admet une solution contraire : « Considérant, dit un arrêt du 12 janvier 1887, qu'aux termes de l'art. 4 de la loi de 1867 l'apport en nature devait être vérifié et apprécié en assemblée générale à peine de nullité de la Société par la majorité des actionnaires présents et représentant le quart du capital social ; qu'aux termes du même article les actionnaires qui ont fait l'apport n'ont pas voix délibérative ; qu'il résulte des termes mêmes et de l'esprit de cette disposition que la majorité exigée par la loi pour vérifier et apprécier ledit apport doit être calculée à raison du nombre des associés souscripteurs d'actions payables en numéraire, abstraction faite du nombre des associés réunissant à cette dernière qualité celle d'actionnaires apporteurs ; qu'il en est de même pour le calcul du quart du capital social en numéraire ; que s'il en était autrement, il serait impossible de constituer une Société dont les actions en numéraire auraient été souscrites en totalité ou en partie, ce qui n'est pas interdit par la loi du 24 juillet 1867, par les actionnaires porteurs d'actions d'apport... » (1) Cette considération nous semble très juste. La constitution d'une Société en commandite ne pourrait avoir lieu, par suite de l'impossibilité d'atteindre le *quorum* chaque fois que la valeur des actions souscrites par des actionnaires qui ont fait des

(1) Paris, 16 janv. 1887. Gaz du Pal. Mars, 1887. P. 269. — Ann. de Droit Comm. 1887. 2e partie. Juris pr., p. 131.

apports en nature serait supérieure aux trois quarts du capital en numéraire : le même fait se produirait pour la Société anonyme chaque fois que la valeur des actions souscrites par des actionnaires qui ont fait des apports en nature serait supérieure à la moitié du capital composé seulement des apports non soumis à vérification.

Le système qui applique à la lettre l'art 4 et l'art. 30 frappe doublement les actionnaires : en effet, ils sont privés du droit de vote et l'on fait compter contre eux comme actions présumées opposantes les actions qu'ils ont souscrites en numéraire : on établit ainsi une disproportion entre le nombre des actionnaires que l'on prend en considération pour la formation de la majorité et le nombre des actionnaires ayant le droit de voter : on crée un avantage injustifiable au profit des actionnaires simples souscripteurs en numéraire au détriment des actionnaires qui ont fait un apport en nature et un apport en numéraire, qui sont privés du droit de vote corrélatif à la possession des actions en numéraire ; en un mot on fausse la majorité telle que l'a voulue la loi de 1867.

La loi de 1867 qui est en somme une loi de liberté, n'a certainement pas voulu les conséquences du premier système qui transforme la réglementation en prohibition (1).

Si un associé qui a fait un apport en nature

(1) Vavasseur. N° 419.

avait pris part au vote et si sa voix avait été comptée, la délibération serait nulle.

Certains auteurs décident que le texte de l'art. 4 étant prohibitif ne doit pas être étendu, et que, par suite, les associés qui ont fait un apport en nature ou qui doivent bénéficier d'un avantage ne sont pas nécessairement exclus du vote de toute assemblée où vont se discuter les apports et les avantages d'autres associés. La loi leur refuse voix délibérative seulement dans le vote qui concerne leur apport personnel ou l'avantage qu'ils ont stipulé à leur profit, mais nullement quand il s'agit des autres associés. Il n'y aurait aucun motif d'édicter contre ceux qui se trouvent dans de telles conditions, pareille incapacité. On comprend très bien que la loi ait constaté l'opposition qui existe dans certains cas entre l'intérêt général des associés et l'intérêt particulier d'un seul, mais, on s'expliquerait difficilement qu'elle eût entendu mettre en opposition le capital nature et le capital espèces, d'autant plus que l'intérêt de l'associé qui a fait un apport en nature ou à qui un avantage a été promis n'est pas spécialement en cause et se confond avec l'intérêt général (1).

Il paraît cependant plus conforme au texte de refuser voix délibérative dans tous les cas et d'une façon absolue aux actionnaires qui ont fait des apports en nature, dans les assemblées

(1) Pont. N° 1009.

qui doivent prononcer sur ces apports, même lorsqu'il s'agit des apports effectués par leurs co-associés. L'art. 4 décide, en effet, en matière de Sociétés en commandite, que la majorité qui donne son approbation doit comprendre le quart du capital social en numéraire et l'art. 30 veut, en matière de Sociétés anonymes, que l'assemblée convoquée pour la vérification soit composée d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié de la partie du capital qui comprend seulement les apports non soumis à vérification. La pensée de la loi a peut-être été de prévenir une collusion des apporteurs en nature, qui pourraient s'entendre pour assurer, par leur vote, l'approbation de l'évaluation exagérée des apports qu'ils ont faits, au préjudice des souscripteurs en numéraire : simple échange de bons procédés.

Si plusieurs associés avaient remis à la Société une chose dont ils étaient co-propriétaires, par exemple, un immeuble indivis, la question ne peut plus faire doute ; il est certain qu'ils seront tous exclus du vote, même lorsqu'il s'agira de statuer sur la valeur de la quote-part qui appartenait à leur co-propriétaire. Le vote de l'assemblée sur cette quote-part fixe la valeur de toutes les autres ; chacun de ces associés se ferait trop facilement illusion sur le juste prix qu'il faut lui donner, ce serait de l'intérêt personnel bien entendu (1).

(1) Angers, 25 janv. 1887. Pand. Fr. Pér. 1888. 1. 192.

En résumé, il faut trois conditions pour que les apports en nature et les avantages particuliers soient valablement approuvés. Il faut : 1° que le quart des actionnaires ayant voix délibérative soit présent ; 2° qu'il y ait la majorité de la moitié plus une voix ; 3° que le quart du capital social en numéraire soit représenté par cette majorité.

Pour l'accomplissement de cette troisième condition on calcule le nombre des votes par actions : il faut et il suffit que tous les actionnaires qui ont contribué à former la majorité, soient propriétaires du quart des actions en numéraire : la loi fait abstraction, pour le calcul de la majorité en sommes, du capital en nature.

Section III

Conséquences du vote de la deuxième Assemblée.

L'Assemblée générale peut certainement prendre l'un ou l'autre de deux partis : elle peut, ou bien approuver les évaluations contenues dans les statuts, ou bien les rejeter purement et simplement. Il en est un troisième sur lequel nous aurons longuement à nous expliquer.

Premier Cas. — L'Assemblée générale approuve les apports en nature et les avantages particuliers.

S'il en est ainsi les souscripteurs sont liés par leur souscription; pour que la Société soit définitivement constituée, il ne manque plus qu'une seule condition : la nomination du Conseil de surveillance, s'il s'agit de Sociétés en commandite par actions, et l'acceptation des administrateurs désignés soit par l'assemblée, soit par les statuts (art. 25), s'il s'agit de Sociétés anonymes.

Les apports en nature sont donc réputés avoir été appréciés à leur juste valeur, et les avantages particuliers reconnus légitimes.

La loi réserve cependant le cas de dol ou de fraude : « L'approbation, nous dit l'art. 4, al. 7 ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de fraude. » Précaution que n'avait pas prise la loi de 1856 et que certains auteurs jugent inutile, l'action pour dol n'étant en cette matière comme en toutes les autres que l'application du droit commun.

Cependant, à raison même des conditions exceptionnelles dans lesquelles l'approbation est donnée, il est probable que l'action pour dol ne devrait être admise qu'avec une extrême prudence par les tribunaux; les tribunaux s'opposeront en effet à ce que l'existence des Sociétés par actions soit trop légèrement mise en question.

L'art. 12 du nouveau projet de loi sur les Sociétés maintient cette disposition.

L'erreur pourrait également servir de motif

à une action de la part des souscripteurs, si elle rentrait dans les termes des art. 1109, 1110, c'est-à-dire si elle portait sur la substance de la chose. Il n'en serait pas de même en cas de lésion.

Deuxième Cas. — L'assemblée générale refuse son approbation pour cause d'exagération soit des apports en nature, soit des avantages particuliers.

« A défaut d'approbation, la Société reste sans effet à l'égard de toutes les parties » (art. 4 al. 6).

Ceux qui ont fait des apports en nature ou ont stipulé des avantages particuliers ont le droit de se retirer, si l'appréciation de l'assemblée contredit leur propre appréciation ou trompe leurs espérances ; ce n'est pas dans ces conditions qu'ils ont voulu contracter. Les souscripteurs aussi sont déliés ; leur engagement n'était que conditionnel, il dépendait en effet de ce fait que le capital resterait bien tel qu'il leur avait été indiqué dans les statuts, et que le chiffre des apports serait sérieux. Si l'assemblée générale ne le juge pas ainsi, le contrat ne peut pas se former, parce qu'il y a défaillance de la condition.

En réalité, il n'y a eu qu'un projet de Société, mais la Société n'a jamais existé. Tel est l'effet du vote collectif de l'assemblée ou plutôt de la majorité telle que la comprend l'art. 4.

En cas de refus d'approbation, qui supportera les frais généraux d'organisation faits pour la constitution de la Société?

D'après les uns, les souscripteurs doivent en supporter une partie, à moins qu'il n'y ait eu fraude de la part des fondateurs, auquel cas ceux-ci en seraient tenus pour le tout. — D'après les autres, les frais doivent être supportés en principe par les fondateurs et les gérants lorsqu'il y a eu vote formel de rejet; ils avaient accepté cette éventualité. Mais, par suite de leur négligence, les souscripteurs devraient en être tenus quand l'impossibilité de constituer la Société est due à leur abstention, car il y a là un fait dommageable à autrui dont ils doivent réparation (1). — D'autres auteurs repoussent toute distinction et laissent les frais à la charge des fondateurs ou des gérants dans tous les cas : ils ont engagé l'affaire à leurs risques et périls, et les souscripteurs ont le droit de retirer leur souscription intacte, la Société n'ayant existé à aucun moment (2).

Toutefois M. Beudant admet un correctif à cette solution : une clause formelle des statuts pourrait décider que les versements ne seront remboursés que déduction faite des frais légitimes et justifiés (3).

(1) Beudant. Rev. Crit. T. 36, p. 154. Année 1870.
(2) Vavasseur. N° 423. — Alauzet. N° 46.
(3) Rivière. N° 204. — Mathieu et Bourguignat. N° 51. — Bédarride. N° 114.

Troisième Cas. — *Il est une* troisième hypothèse que la loi n'a pas prévue : c'est celle où *les apporteurs en nature accepteraient les évaluations de l'Assemblée et où les bénéficiaires d'avantages particuliers accepteraient ou même offriraient une réduction sur ces avantages.*

L'assemblée qui prendrait une délibération dans les conditions voulues par l'art. 4, c'est-à-dire par une majorité comprenant le quart des actionnaires et représentant le quart du capital social en numéraire, pourrait-elle transiger sur ce point, et obliger par son vote les trois autres quarts ? Pourrait-elle accepter la réduction sur la valeur attribuée aux avantages particuliers ? Ne faudrait-il pas le consentement de tous les actionnaires ?

Cette question présente deux solutions entre lesquelles, après les meilleurs auteurs, nous hésitons à nous prononcer : l'une qui prend son point d'appui dans les travaux préparatoires, l'autre qui nous paraît être la solution de principe.

Premier Système. — La réduction est possible et le vote de la deuxième Assemblée, s'il est valable, peut l'autoriser et obliger par le fait même tous les actionnaires.

Cette solution se recommande principalement des travaux préparatoires. M. Javal proposa dans la séance du 31 mai 1867, un amendement tendant à ajouter à l'alinéa 5 de l'art. 4, un

membre de phrase qui eût dissipé tous les doutes. Cet alinéa eut été ainsi conçu : « A défaut d'approbation, la Société reste sans effet à l'égard de toutes les parties, *à moins qu'elles ne se mettent d'accord sur une évaluation différente.* » Et M. Javal justifiait ainsi qu'il suit sa proposition. « En prenant le sens littéral de l'article on voit qu'à défaut d'approbation de la valeur des apports, la Société reste sans effet à l'égard de toutes les parties. Rien ne permet d'être certain, que si l'on venait, lors de la seconde assemblée générale prévue par la loi pour la vérification des apports, à changer l'évaluation et à se mettre d'accord sur une évaluation nouvelle réduite, cet accord pût s'établir régulièrement par simple vote de majorité. C'est pour cela que je demande l'addition de quelques mots fort simples qui feraient cesser cette ambiguité. » Mais le rapporteur de la Commission s'opposa à la prise en considération de l'amendement : « La Commission, dit-il, a pensé que la disposition qu'on propose à la Chambre est inutile, car ce serait introduire dans la loi une faculté qui, évidemment, est de droit commun, et qui appartient en matière de Société commanditaire comme en toute autre, aux parties contractantes. » L'avis de la Commission, par l'organe de son rapporteur est donc qu'une transaction est possible, et l'amendement est repoussé par la Chambre.

Mais là n'était pas le point principal de la question. Il s'agissait surtout de savoir si pour

que la réduction fût possible, le vote de la simple majorité du quart en nombre et en sommes était suffisant, ou bien si l'adhésion de l'unanimité des actionnaires était nécessaire. La discussion fut longue et confuse.

Plusieurs orateurs vinrent soutenir au nom des principes, qu'une majorité représentant seulement le quart en nombre et en capital n'avait pas le droit de modifier la valeur des apports ou des avantages, parce que si la vérification qui en a été faite a prouvé qu'ils étaient exagérés et excessifs, le premier contrat n'existe plus, car il était fait sous la condition que la valeur des apports serait reconnue sincère et exacte et que la justification des avantages serait fournie à l'assemblée; pour en former un second, il faut le consentement de tous les intéressés.

Au cours des débats, M. Marie, après une réponse à M. Duvergier qui soutenait l'opinion contraire, fut amené à proposer le renvoi à la commission : « Je demande le renvoi à la commission, afin que la commission dans une rédaction nouvelle dise que lorsque l'assemblée générale aura à voter, elle ne pourra le faire, dans ce cas et pour cette situation fondamentale, qu'autant que tous les actionnaires auront été appelés; eux seuls, en effet, parties stipulantes au contrat peuvent décider, si au moins à leur égard, la Société sera maintenue ou

non. Le pouvoir purement représentatif d'une assemblée est sans force dans ce cas. »

La Chambre a refusé de prononcer le renvoi, comme elle avait rejeté l'amendement de M. Javal!

Que doit-on conclure de cela? C'est que le texte de l'art. 4 , al. 6 ne défend pas à la seconde assemblée générale de sanctionner une modification ou une réduction acceptée ou offerte par les gérants, les fondateurs ou les actionnaires intéressés.

On essaie d'ailleurs de justifier cette solution en droit.

La loi, dit-on, organise deux assemblées : tous les actionnaires y sont appelés, ils sont libres de s'y rendre ou de ne pas répondre à la convocation qui leur est adressée. On ne pouvait évidemment exiger l'unanimité des actionnaires pour que la Société pût valablement se constituer, mais comme il aurait pu se faire qu'elles fussent trop peu nombreuses pour que les délibérations eussent un caractère sérieux, la loi a exigé un minimum. La pensée de la loi, qui a établi ce minimum, est facile à indiquer : les associés qui, régulièrement convoqués, ne se présentent pas, s'en remettent à la majorité des actionnaires présents. « Quand une seconde assemblée se réunit, disait M. Duvergier à la séance du 30 mai 1867, elle représente la Société, elle a pour mission de vérifier si l'apport a été sincère et justement estimé, et si les avantages qui ont été stipulés l'ont été hono-

rablement, ils n'ont rien d'excessif, le vote de la seconde assemblée engage tout le monde. » De quoi les actionnaires pourraient-ils se plaindre? S'ils sont absents, c'est par négligence, ils sont censés accepter l'évaluation, fût-elle exagérée; de même, ils sont censés s'en être remis à l'assemblée générale des actionnaires, qui, dans l'intérêt social, c'est-à-dire dans l'intérêt de tous, a cru pouvoir voter la réduction (1).

La réduction, ajoute-t-on, ne doit pas leur être préjudiciable, elle accroît le capital social, puisqu'elle diminue la part que voudraient prendre sous forme d'actions ou de prélèvements, les fondateurs ou les associés qui ont fait les apports ou stipulé les avantages.

Du reste, qui peut le plus peut le moins : le droit d'approuver ou de désapprouver purement et simplement les apports en nature et les avantages particuliers, implique le droit de les approuver sauf modification ou réduction.

Si la majorité peut lier les actionnaires dans le premier cas, par l'approbation ou le rejet, il serait au moins étrange que ce pouvoir lui fût refusé dans le second : il semble bien au contraire que cette faculté rentre dans son pouvoir d'appréciation. Puisque le texte de la loi n'est pas formel, pourquoi entraver la constitution des Sociétés, en permettant aux action-

(1) Dans la discussion : Fabre, Duvergier. — Duvergier. Coll. des Lois 1867, p. 260-261. — Pont. N° 1024. Mathieu et Bourguignat, N° 48.

naires de rompre leur engagement sous un prétexte aussi peu sérieux.

Qu'arrivera-t-il si l'assemblée générale n'a le choix qu'entre l'enregistrement pur et simple et le rejet du chiffre des apports ou des avantages particuliers ?

Dans la crainte de voir la réalisation du projet de Société compromise, de rendre inutiles les frais considérables qui déjà ont été faits, la majorité préférera fermer les yeux sur des exagérations qui pourront être très préjudiciables aux actionnaires. Exiger l'unanimité, c'est permettre à un seul actionnaire peu conciliant de faire échouer une entreprise qui se présentait sous les apparences les plus sérieuses et sous les meilleurs auspices.

Deuxième Système. — Le second système donne la solution de principe.

Il s'appuie d'abord sur le texte littéral de l'art. 4, alinéa 6 : « A défaut d'approbation, la Société reste sans effet à l'égard de toutes les parties. » S'il y a réduction, il n'y a pas approbation.

On ne peut invoquer sérieusement les travaux préparatoires : l'obscurité de la discussion ne permet pas d'en tirer un argument décisif, les opinions qui ont été émises au cours des débats n'ont qu'une valeur doctrinale.

Les principes généraux du droit donnent à cette solution un point d'appui solide. Permettre

la réduction des apports en nature, c'est permettre de modifier le contrat lui-même, d'en changer les bases : pareil pouvoir est incompatible avec la mission impartie par la loi à l'assemblée générale, parce qu'il va directement contre la pensée des souscripteurs. Il s'agit, en effet, de la constitution même de la Société, et si un certain nombre d'actionnaires acceptent la réduction, il peut se faire que d'autres la repoussent. Puisque le capital social n'est plus le même, les actionnaires peuvent soutenir qu'ils se trouvent en présence d'un projet de Société nouvelle, dont ils n'ont pas l'intention de faire partie ; cette Société nouvelle exigerait, pour être valablement constituée entre les mêmes personnes que la première, le consentement unanime des intéressés, c'est-à-dire de tous les souscripteurs, sans exception. C'est un nouveau contrat auquel ils sont libres de ne pas adhérer.

Le seul moyen de parer aux inconvénients qu'entraîne cette solutiou rigoureuse, serait d'insérer dans les statuts une clause autorisant la majorité à offrir ou à accepter, selon les cas, une réduction sur la valeur des apports ou des avantages particuliers, et à lier par son vote la minorité. Il serait même plus exact dans l'hypothèse, de renverser les termes majorité et minorité, car il n'est point de coutume qu'une majorité, représentant le quart du nombre total des individus formant une agrégation, oblige une minorité composée des trois autres quarts !

Aux arguments invoqués par l'autre opinion, on répond qu'il n'est pas exact de dire que les actionnaires présents à l'Assemblée ont un mandat tacite des absents, pour prononcer sur l'évaluation faite par les statuts des apports et des avantages et que ce mandat est illimité. On conçoit très bien que les souscripteurs s'en remettent à la majorité de l'Assemblée, pour approuver ou rejeter les propositions des fondateurs, suivant qu'ils les jugent conformes aux indications données par les statuts ou bien qu'il les jugent excessives ou injustifiées ; mais on conçoit aussi que le mandat ne soit pas plus étendu, et qu'il ne laisse pas la latitude à ceux qui prennent part à l'assemblée, de s'arrêter à un moyen terme. Le mandat que l'art. 4 confie à la majorité est un mandat légal fondé sur une présomption de consentement des actionnaires : il n'est pas possible de lui donner cette extension en dehors des termes de la loi, alors qu'aucun acte des souscripteurs absents ne peut faire supposer qu'ils ont donné aux autres le pouvoir de les obliger en dehors des termes du contrat qu'ils ont souscrit (1).

« Qui peut le plus peut le moins » dit-on. On peut répondre par cette autre maxime : « Qui peut une chose n'en peut pas une autre » et l'on est en droit, dans notre hypothèse, de mettre en doute l'exactitude du premier de ces brocards.

(1) Alauzet. N° 460.

Est-il vrai que la Société doive toujours profiter des réductions consenties sur les apports et les avantages ? (2)

Soit pour les avantages : les fondateurs ne pourront prélever sur le nombre total des actions, toutes les actions qu'ils s'étaient réservées, par suite leurs droits éventuels sur le capital social, se trouvent diminués ; ou bien ce sont certains prélèvements sur les bénéfices, auxquels ils devront renoncer, toujours en effectuant intégralement l'apport qu'ils avaient promis. Mais pour les apports en nature cette idée nous paraît inexacte. Peut-il être indifférent aux actionnaires d'apprendre que la valeur de telle mine, de tel brevet d'invention, de tel procédé, est de beaucoup inférieure à celle que lui avaient attribuée les statuts. Le crédit de la Société sera moins considérable, la Société ne pourra prendre autant d'extension qu'on l'avait espéré.

Les conditions mêmes du contrat qui avaient motivé le consentement de l'associé, les éléments sur lesquels il reposait n'existant plus, l'associé doit être libre de se retirer pour ces différents motifs dont il est seul juge.

On fait valoir encore cette considération pratique que si l'exagération est importante, l'assemblée refusera d'approuver, qu'au contraire, si elle est minime, elle approuvera. Il sera donc rare qu'il y ait lieu pour elle de se prononcer sur

(2) Duvergier. Travaux préparatoires. Loc. cit. — Pont. Loc. cit.

une réduction et la loi a pu passer sous silence cette hypothèse.

Néanmoins nous devons à la vérité de dire que l'opinion précédente semble avoir prévalu et elle est sanctionnée par le nouveau projet de loi sur les Sociétés (art. 11, al. 3) (1).

Section IV

Exception à l'article 4.

L'art. 4, al. fin. s'exprime ainsi. : « Les dispositions du présent article relatives à la vérification de l'apport qui ne consiste pas en numéraire ne sont pas applicables au cas où la Société à laquelle est fait ledit apport est formée entre ceux seulement qui en étaient propriétaires indivis. »

La loi suppose que plusieurs personnes propriétaires indivis d'un objet mobilier ou immobilier, le mettent en Société, sans faire aucun appel de fonds au public et répartissent entre eux toutes les actions. Si l'on exigeait l'accomplissement des formalités de l'art. 4, la constitution de la Société deviendrait impossible ; les apports en nature étant le fait de propriétaires indivis, aucun d'eux n'aurait le droit de voter. D'ailleurs, ceux qui contrac-

(1) Rivière. N° 49. — Alauzet. N° 460. — Vavasseur. N^{os} 407-408. — Bédarride. N^{os} 116-123. — Beudant. Rev. Crit. T. 36, p. 147-150. — Lescœur. N° 274.

tent dans ces conditions connaissent on ne peut mieux la valeur des apports ; en quoi pourraient-ils être intéressés à exercer un contrôle ?

L'exception s'applique dans le cas de transformation d'une Société en nom collectif ou en commandite simple en une Société en commandite par actions ; c'est même l'hypothèse qui a été spécialement visée par le législateur, les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur ce point. Cependant, d'après certains auteurs, on ne peut pas dire au point de vue des principes, que l'actif apporté par une première Société à la seconde, soit la propriété indivise des associés (1).

La disposition finale de l'art. 4 que nous venons de rapporter, peut favoriser la fraude : des spéculateurs peuvent se porter acquéreurs indivis d'un immeuble ou d'un objet sans valeur, former une Société en commandite sans observer les formalités de l'art. 4, puis céder leurs actions à des tiers attirés par les prospectus, et laisser leurs dupes en présence d'un fonds social sans consistance. La commission avait proposé, pour éviter cette fraude, d'interdire l'appel à une souscription publique, même après la formation de la Société, lorsque les associés qui ont fait les apports étaient propriétaires indivis de tout le fonds social ; « mais le Conseil d'Etat a jugé, dit le rapport de la commission,

(1) Lyon-Caen et Renault. N° 422.

qu'il est impossible, sous prétexte que la fraude pourra se servir de l'exception pour tourner les prohibitions de la loi, de condamner les intérêts loyaux et respectables à ne point user des facultés du droit commun. »

Par a contrario de l'art. 4, on doit décider que si les associés, au lieu d'effectuer leur apport par la mise en Société d'un seul bien indivis, faisaient l'apport d'une chose qui serait leur propriété exclusive, l'exception ne serait pas applicable.

M. Beudant propose de comprendre, dans l'exception, le cas où le capital est entièrement souscrit par l'acte de Société et immédiatement réalisé. Si l'un ou plusieurs des associés faisaient un apport en nature, il ne devrait pas nécessairement être soumis à l'appréciation de l'assemblée générale : « Qu'a voulu la loi ? Prémunir les souscripteurs contre l'exagération habituelle des apports en nature ou des avantages particuliers, contre les suites d'une approbation surprise dans une assemblée unique. Or ce danger n'est pas à craindre pour les actionnaires qui ont concouru contradictoirement à la rédaction de l'acte ; il n'y a pas à se préoccuper des souscripteurs à venir, puisque l'affaire est concentrée entre les contractants : traitant à propos de ce qui leur appartient, ne peuvent-ils pas, dès le début, régler la situation comme ils l'entendent ? Il en est alors comme dans les Sociétés par intérêts : les actionnaires

se concertent; il n'est pas présumable qu'ils ne se soient pas antérieurement renseignés sur leur moralité respective et la valeur de leurs apports » (1).

Cette idée nous paraît être en contradiction formelle avec la lettre du texte comme avec son esprit. D'une part, l'art. 4 alinéa final, est une disposition exceptionnelle qui ne peut être étendue; d'autre part, rien ne s'oppose à l'accomplissement des prescriptions légales. Enfin, la loi a supposé qu'il y avait toujours intérêt à la vérification par l'assemblée générale, lorsque, un certain nombre d'actionnaires ayant versé leur mise en espèces, d'autres faisaient un apport en nature. La souscription intégrale du capital social, accomplie et terminée en même temps que la rédaction des statuts, et le versement en espèces, ne peuvent remplacer les formalités protectrices de l'art. 4. C'est se tromper étrangement que de prétendre que l'approbation par l'assemblée générale est exigée seulement dans l'intérêt des souscripteurs. La loi a eu en vue en même temps l'intérêt des cessionnaires futurs et des créanciers; elle a voulu empêcher la fraude, qui consistait, pour les fondateurs, à exagérer leurs apports, à se faire attribuer en retour un grand nombre d'actions qu'ils se hâtaient de négocier, et à laisser leurs cessionnaires les mains pleines de titres, il est vrai, mais de titres

(1) Beudant. Revue Critique. T. 36, p. 151.

sans valeur. Les créanciers ne seraient pas moins lésés, puisque le capital sur lequel ils ont compté n'aurait pas la valeur annoncée.

Le fait de n'avoir pas réuni les deux assemblées dans l'hypothèse que nous venons de prévoir, serait une cause de nullité pour inexécution de l'une des conditions prescrites par la loi.

La Cour de l'Ile de la Réunion a jugé d'une façon générale que les prescriptions de la Loi de 1867, relatives à la déclaration devant notaire par les fondateurs de la Société anonyme, de la souscription intégrale du capital social et du versement du quart, à l'approbation des apports en nature par l'assemblée générale, s'appliquent seulement dans le cas où il est fait appel à une souscription publique et où il y a des versements en numéraire (1). C'est là une erreur manifeste.

1° La loi ne distingue pas : « Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus. » 2° De plus, il est inexact de croire que les dispositions de l'art. 4 sont écrites seulement dans l'intérêt des souscripteurs; nous venons d'en faire la remarque, les actionnaires futurs et les créanciers y trouvent une protection contre la mauvaise foi des fondateurs. 3° Cette théorie permettrait de tourner trop facilement les dispositions restrictives de la Loi de 1867. Il suffirait de créer une Société par actions sans souscription publique et de renvoyer

(1) Cour de l'Ile de la Réunion, 16 juin 1876. S. 77 2. 1. et la note de M. Lyon-Caen.

à une époque ultérieure la mise en circulation des actions.

Le nouveau projet de loi sur les Sociétés décide que les dispositions édictées pour l'approbation des apports en nature, ne sont pas applicables au cas où la Société à laquelle sont faits les apports en nature, est formée entre ceux seulement qui en étaient propriétaires. « Toutefois, ajoute l'art. 13, la Société ne pourra être valablement constituée qu'après qu'il aura été procédé à la vérification de la valeur des apports et de l'étendue des avantages par trois experts désignés par le Président du Tribunal de Commerce du lieu du siège social, à la requête des fondateurs; ceux-ci devront se conformer à l'appréciation des experts. »

Le projet de loi rend obligatoire pour les apports en nature qui sont la copropriété indivise des apporteurs, l'expertise judiciaire, qui peut être exigée dans tous les cas par le quart des actionnaires. On veut ainsi protéger les futurs porteurs d'actions, au détriment desquels les apports effectués par des associés propriétaires indivis pourraient être frauduleusement exagérés.

Dans cette même hypothèse les actions représentatives d'un capital versé en espèces par les apporteurs, comme les actions représentatives d'apports en nature, ne sont négociables que dans les conditions prévues par l'art. 7 du projet, c'est-à-dire : 1° que les actions doivent

être libérées en totalité, tandis que, d'après la loi qui régit actuellement les Sociétés, elles peuvent n'être libérées que d'un quart ; 2° qu'elles ne peuvent être détachées de la souche et ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la Société, de telle façon que si une exagération des apports était découverte avant l'expiration de ce délai, une action en responsabilité pourrait être utilement intentée (1).

Législations Étrangères

La *Loi allemande* contient sur les apports en nature et les avantages particuliers des règles intéressantes :

Tous avantages particuliers, tous apports en nature doivent être mentionnés dans le contrat de Société (art. 175 b). Il en est de même de toutes reprises et acquisitions par la Société d'installations ou d'immeubles, de tous paiements mis à la charge de la Société pour dépenses préliminaires, frais de fondation, indemnités aux fondateurs et autres paiements de même nature.

Les associés engagés personnellement doivent indiquer dans une déclaration signée d'eux les

(1) Art. 7. — Les apports en nature ne peuvent être représentés que par des actions libérées en totalité. — Ces actions ne peuvent être détachées de la souche et ne sont négociables que deux ans après la constitution définitive de la Société. Pendant ce temps elles devront à la diligence des administrateurs être frappées d'un timbre indiquant leur nature et la date de cette constitution.

motifs pour lesquels l'évaluation des apports, etc., leur paraît justifiée. (art. 175 d.)

Les membres du premier conseil de surveillance et les directeurs doivent présenter à l'assemblée générale constitutive des actionnaires, un rapport sur les avantages particuliers qui ont pu être attribués aux fondateurs, et sur les apports en nature (art. 175 f. et g.)

Ces dispositions, écrites pour les Sociétés en commandite par actions, sont déclarées applicables aux Sociétés anonymes par l'art. 209 g.

L'alinéa suivant ajoute :

« Dans le cas où les membres de la direction et du conseil de surveillance auraient eux-mêmes la qualité de fondateurs, ou s'ils ont cédé à la Société un objet quelconque ou s'ils ont stipulé un avantage particulier, un contrôle doit avoir lieu en outre par des réviseurs spéciaux désignés par la Chambre de commerce, et à son défaut par la direction et le conseil de surveillance. » (art. 209 h).

L'acquisition d'immeubles par une Société pour une somme dépassant le dixième de son capital ne peut avoir lieu qu'avec l'autorisation des actionnaires : cette intervention obligatoire de l'assemblée générale a pour but d'empêcher les fondateurs de tourner les règles relatives à l'évaluation des apports en nature.

En *Italie* les avantages particuliers doivent être approuvés par l'assemblée générale constitutive.

La *Loi Suisse* est en ce qui concerne les apports en nature, les avantages particuliers, la reprise d'établissements déjà existants, la reproduction presque textuelle de la loi allemande.

L'évaluation doit en être approuvée par une décision prise à la majorité dans une assemblée après la souscription du capital social. Tout associé présent ou dûment représenté peut prendre part au vote, mais il n'a qu'une seule voix.

La majorité requise est du quart au moins de l'ensemble des actionnaires et du quart au moins du capital social.

L'associé « dont l'apport ou les avantages sont en discussion » ne peut voter.

« La décision doit faire l'objet d'un acte authentique ou signé de tous ceux qui y ont adhéré ».

CHAPITRE CINQUIÈME

De la Nomination du Conseil de Surveillance, des Administrateurs et des Commissaires

Lorsque la souscription intégrale du capital social, et le versement du quart ont été réalisés, la Société n'est pas encore en état de fonctionner. La loi exige, à peine de nullité, l'établissement d'un conseil de surveillance, si la Société est une Société en commandite par actions, et la nomination des administrateurs et des commissaires pour la première année, si la Société est une Société anonyme (art. 25, 41).

Section I

De la Nomination du Conseil de Surveillance

La loi de 1867 comme la loi de 1856 ordonne la nomination d'un Conseil de surveillance quand la Société est une Société en commandite. Même avant 1856, bien qu'aucune prescription légale ne fît de l'observation de cette règle une des conditions constitutives de la Société

en commandite par actions, il était d'usage d'organiser des Conseils de surveillance : mais il arrivait souvent que cette mesure non obligatoire et non réglementée par la loi, était un moyen de plus pour les gérants peu scrupuleux ou malhonnêtes de cacher leurs fraudes et leur mauvaise foi : le Conseil de surveillance n'était parfois, comme le disait le rapporteur de la loi, « qu'une décoration pour la Société et une invitation à souscrire, un appel à la confiance (1). » Il arrivait souvent que le gérant choisissait lui-même (il en avait le droit), quelques personnages à sa dévotion, étrangers et irresponsables, pour surveiller sa gestion, ou plus exactement et en réalité, pour endormir la vigilance de ses commettants. Quant aux Conseils de surveillance sérieux, ils se trouvaient sous la menace perpétuelle des pénalités de l'art. 27 du C. de Com. qui défendait aux actionnaires de s'immiscer en quoi que ce fût dans la gestion. L'inefficacité de cette pratique était absolue, mais l'idée au fond était bonne. Le législateur se l'appropria et c'est ainsi que nous trouvons dans la loi de 1867 cet article (reproduction presque textuelle de l'art. 5 de la loi de 1856) : « Un Conseil de surveillance, composé de trois actionnaires au moins, est établi dans chaque Société en commandite par actions. Ce Conseil est nommé par l'assemblée générale des action-

(1) Duvergier, Collect. des Lois. 1856, P. 326.

naires, immédiatement après la constitution définitive de la Société et avant toute opération sociale (art. 5). » Le gérant qui ne ferait pas nommer un Conseil de surveillance serait passible de dommages-intérêts et pourrait être passible d'amende (art. 13).

Le nouveau projet de loi sur les Sociétés consacre pour la troisième fois ce système (art. 48 qui est le résultat de la combinaison des art. 5 et 6 de la Loi du 24 juillet 1867). L'art. 48 contient toutefois un paragraphe additionnel : « La Société est constituée à partir de l'acceptation des membres désignés pour faire partie du Conseil de surveillance. »

La dénomination de conseil de surveillance n'a rien d'obligatoire et les parties pourraient la remplacer par un autre : il suffit que trois membres qui restent étrangers à la gestion et à l'administration, soient désignés pour le contrôle (1).

Par qui est nommé le Conseil de surveillance?

Le premier soin du législateur de 1867 a été d'enlever au gérant la faculté de désigner lui-même ceux qui seraient chargés de vérifier sa conduite ; les abus avaient été trop manifestes pour qu'on ne tînt pas compte de l'expérience. Le législateur a confié la mission d'élire le Conseil à ceux à qui la surveillance doit être plus utile et dans l'intérêt de qui elle a été

(1) Grenoble, 11 déc. 1872. S. 74. 2. 147.

instituée, c'est-à-dire aux actionnaires réunis en assemblée générale.

Mais on peut se demander quelle doit être cette assemblée générale, si elle doit être réunie spécialement à cet effet, ou si l'une des assemblées réunies pour l'approbation des apports et des avantages, aurait qualité pour faire cette désignation. La loi n'exige pas une assemblée spéciale : aucun motif sérieux ne s'oppose à ce que la deuxième assemblée qui doit statuer sur l'évaluation des apports procède à cette nomination, pourvu toutefois que l'ordre du jour porté sur la convocation en ait fait mention. C'est un moyen de gagner du temps et d'éviter des frais (1).

L'art. 5, al. 2 suppose que le Conseil de surveillance a été nommé après la « constitution définitive de la Société, » c'est-à-dire après l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers. La Société ne devrait cependant pas être considérée comme irrégulièrement constituée, si un ordre inverse avait été observé.

On a soutenu le contraire en argumentant des expressions de la loi : mais la loi a dû prévoir, comme dans bien d'autres hypothèses, le plerumque fit. La nomination du Conseil de surveillance est une des formalités constitutives

(1) Vavasseur. Soc. Civ. et Comm. T. I, § 569, p. 259. — Mathieu et Bourguignat, § 57. — Bédarride, § 141. — Dalloz. V° Société. N° 1268. — Alph. Ledru. Organisation, attributions et responsabilité des conseils de surveillance, p. 15.

de la Société, il n'y a pas de raison pour que l'une soit remplie avant l'autre; ce qu'il y a d'obligatoire, c'est l'accomplissement de l'une et de l'autre avant toute opération sociale. L'interversion de deux formalités, même obligatoires, ne peut pas suffire, à moins d'indication expresse, à vicier un contrat : du reste, la Société n'est déclarée nulle, par l'art. 7, que si elle a été constituée contrairement aux prescriptions des art. 1, 2. 3, 4 et 5. Or, ici toutes les prescriptions légales ont été observées.

La rédaction de l'article 5 est sur ce point très défectueuse. Il ordonne la nomination du conseil de surveillance « immédiatement après la constitution de la Société », ce qui pourrait faire croire qne la Société est constituée, existe avant cette nomination. Mais ce serait une erreur. Une Société qui entreprendrait une opération quelconque, sans être pourvue d'un conseil de surveillance, serait nulle pour vice de constitution. La date de la constitution est fixée au jour où les cinq conditions prescrites par les art. 1, 2, 3, 4 et 5, parmi lesquelles celle dont nous nous occupons, ont été remplies.

Dans le cas où tous les apports auraient été effectuées en numéraire, une assemblée devrait être convoquée nécessairement et spécialement pour l'établissement du conseil de surveillance.

Dans quel délai cette assemblée devrait-elle être convoquée? — La loi ne le dit pas d'une façon précise. Elle dit « immédiatement après

la constitution définitive de la Société et avant toute opération sociale. » Mais le sens de ces expressions est que la Société n'est pas constituée et ne peut fonctionner, tant qu'une assemblée n'a pas choisi le conseil de surveillance. La loi ne fixant pas de délai, les termes de l'art. 5 doivent être considérés comme engendrant une faculté, et non comme imposant une obligation.

La convocation doit être faite par le gérant qui a seul qualité pour cela. M. Rivière pense cependant que les actionnaires, s'ils voient les opérations sociales sur le point de commencer sans qu'il ait été préalablement établi un conseil de surveillance, peuvent provoquer la réunion de l'assemblée générale pour en constituer un (1). Mais la Cour d'Amiens a jugé que la seule autorité sociale qui, en dehors du gérant, puisse convoquer l'assemblée générale, est, d'après l'art. 11 de la loi de 1867, le conseil de surveillance lui-même quand il est établi ; d'où il résulte évidemment que jusque là la convocation ne peut être faite que par le gérant ou les fondateurs de la Société, lorsqu'ils sont autres que le gérant » (2).

Le gérant a le plus grand intérêt à convoquer l'assemblée à bref délai, puisqu'il ne peut commencer les opérations avant l'entrée en fonctions du Conseil de surveillance, à peine d'une amende de 500 à 10,000 francs (art. 13).

(1) Rivière. N° 57. — Dalloz. Rép. V° Société. N° 1214. — Améline Revue Pratique. T. 34, p. 373.
(2) Amiens, 16 janv. 1875. S. 75. 2. 193.

Il est toutefois à remarquer que l'inobservation de l'art. 5 ne reste pas sans sanction vis-à-vis des actionnaires : c'est la nullité de la Société qui leur est opposable, et qui n'est pas opposable aux tiers. Il leur importe donc au plus haut point de se réunir en assemblée générale pour élire un Conseil de surveillance. Mais que décider, puisqu'ils ne peuvent se réunir de leur propre initiative, sans convocation du gérant? Ils pourront former une demande en dissolution de la Société devant le Tribunal de Commerce, ou une demande en destitution du gérant, ou intenter contre le gérant une action tendant à l'obliger à convoquer l'assemblée, sous peine de s'entendre condamner à payer une indemnité déterminée par chaque jour de retard. On a même dit qu'un jugement pourrait autoriser la convocation (1).

Le projet de loi de 1838 obligeait le gérant à convoquer l'assemblée générale des actionnaires pour procéder à l'élection des membres du Conseil de surveillance, dans le mois après la constitution de la Société, et à défaut de convocation par le gérant dans ce délai, celle-ci pouvait être autorisée par le Président du Tribunal de Commerce sur la demande d'un ou de plusieurs actionnaires (art. 18). Les lois de 1856 et de 1867 n'ont pas reproduit cette disposition.

(1) Pont. N° 1036. — Alauzet. N° 463. — Bédarride. N° 142.

Le Conseil de surveillance est nommé à la majorité des actionnaires présents votant par tête; mais les statuts pourraient fixer une autre majorité. Les prescriptions de la loi relatives au quart des actionnaires et au quart du capital social, n'ont ici rien d'obligatoire, même dans le cas où le Conseil de surveillance est nommé par l'assemblée générale qui statue sur les apports en nature et les avantages particuliers : celle-ci n'est une assemblée exceptionnelle que pour un seul objet, elle ne l'est plus pour la nouvelle mission qui peut lui incomber. En l'absence d'une disposition spéciale, c'est le droit commun qui est applicable (1).

Sous la loi de 1856 le Conseil de surveillance était composé de cinq membres, il ne compte plus aujourd'hui que trois membres. C'est du reste un chiffre minimum : la loi juge que le contrôle exercé par trois membres sera suffisant; mais si l'assemblée croyait qu'un plus grand nombre serait nécessaire, elle serait libre de les nommer. De même le Conseil ne pouvant régulièrement exercer ses fonctions qu'autant qu'il est au complet, elle pourrait désigner des suppléants qui prendraient la place des membres décédés, absents ou empêchés, pour éviter la convocation trop fréquente des assemblées générales.

(1) Comp. art. 18, al. 2. Projet de 1838 : « Cette élection n'aura lieu dans une première séance qu'autant que les votants représenteront au moins la moitié du capital de la commandite. En cas d'ajournement faute d'un nombre suffisant d'actionnaires présents, l'élection sera valablement faite dans une seconde séance, quel que soit le nombre et l'intérêt des votants ».

De ce que le conseil de surveillance doit être composé de trois membres, MM. Lyon-Caen et Renault ont conclu que le nombre minimum des associés dans une commandite par actions doit être de quatre : le gérant et trois actionnaires formant le Conseil de surveillance. Ils critiquent un arrêt de la Cour d'Aix du 18 novembre 1857, qui a admis qu'un commanditaire et un gérant peuvent constituer à eux seuls une société en commandite, et qu'il ne peut être question dans ce cas particulier de nommer un conseil de surveillance (1). Ils se fondent sur la possibilité d'une fraude qui consisterait pour une seule personne à souscrire toutes les actions, afin d'éviter le conseil de surveillance, et à les revendre ensuite.

MM. Mathieu et Bourguignat vont plus loin : d'après eux la Société devrait être annulée quoique régulièrement constituée à l'origine, si au cours de son existence ses titres venaient à être absorbés par moins de quatre associés y compris le gérant (2).

Mais d'autres auteurs repoussent cette solution comme trop rigoureuse, et comme n'ayant aucune base dans les textes. La loi n'a pas été faite pour ce cas tout exceptionnel ; elle exige un nombre déterminé d'associés dans la Société anonyme, et elle eut pris soin de le dire, si

(1) Lyon-Caen et Renault. T. I, p. 219. — Aix, 18 nov. 1857. D. 58. 2. 127.

(2) Mathieu et Bourguignat. N° 65. — Conf. Rivière. N° 62.

elle eût voulu qu'il en fût de même dans les Sociétés en commandite. M. Bédarride repousse également cette opinion comme portant atteinte au principe de la liberté des conventions. Quel motif la loi pourrait-elle avoir pour empêcher une Société de se constituer par actions, lorsqu'il n'y a qu'un seul commandité et un seul commanditaire ?

La fraude faisant exception à toutes les règles, pourrait motiver une réclamation de la part de toute personne lésée ; de plus si le souscripteur unique de toutes les actions s'avisait de les négocier, le nombre des actionnaires étant augmenté, les dispositions légales concernant le conseil de surveillance deviendraient applicables et obligatoires; puisque l'impossibilité de constituer un conseil de surveillance n'était qu'une impossibilité matérielle, on rentre alors dans l'hypothèse prévue par la loi ; tant que le nombre des commanditaires est minime, la surveillance directe et personnelle des intéressés peut être considérée comme suffisante : mais s'il s'accroît la Société est obligée de compléter son organisation (1).

Que décider dans l'hypothèse suivante ? Le Conseil de surveillance a été nommé, mais un seul ou deux actionnaires nommés sur trois acceptent la fonction qui leur a été confiée. Ceux qui refusent ne sont pas remplacés : malgré

(1) Dalloz. V° Société. N° 1213. — Alauzet. N° 465. — Bédarride. N° 132-133. — Pont. N° 1039. — Vavasseur. N° 571.

cela les opérations sociales sont commencées. Peut-on dire que la Société a été valablement constituée, ou bien est-elle nulle pour inobservation de l'art. 5 ?

La Cour de cassation a résolu la question par un arrêt du 14 juillet 1873 dans un sens que nous ne saurions accepter. Elle a décidé en propres termes, que dans le cas où l'assemblée générale des actionnaires a immédiatement après la constitution de la Société et avant toute opération sociale nommé un conseil de surveillance composé de cinq membres (1) et a ainsi satisfait aux prescriptions de l'art. 5 de la loi de 1856, si l'un des actionnaires nommés pour composer le conseil de surveillance a déclaré plus tard ne pas vouloir accepter ces fonctions, ce fait postérieur n'a pu par un effet rétroactif vicier la constitution de la Société légalement établie et tomber sous la sanction pénale de l'art. 6 de la loi (2). On ne peut dire en effet, si l'on se reporte au texte, que le conseil de surveillance a été *établi* dans les conditions exigées par la loi, puisqu'il n'a jamais été complet. Il ne faut pas confondre la nomination avec l'établissement. La nomination n'a aucun effet, tant qu'elle n'a pas été acceptée au moins tacitement par l'exercice des fonctions : a fortiori doit-elle être considérée comme n'en produisant pas plus, lorsqu'elle a été expressé-

(1) Il s'agissait d'une Société constituée sous la Loi de 1856.
(2) Cass., 14 juill. 1873. S. 74. 1. 425.

ment refusée. Quand la loi ordonne l'établissement d'un conseil de surveillance composé de cinq membres ou de trois membres, elle veut cinq membres ou trois membres qui existent réellement et qui garantissent par la responsabilité qui découle de leur qualité même, une bonne gestion de la Société. La surveillance n'existe qu'à cette condition. Il serait trop facile de satisfaire à la loi, si une simple nomination non suivie de résultat suffisait pour que le vœu de la loi fût rempli; ce serait éluder la loi.

On objecte vainement qu'un fait particulier ne peut, par un effet rétroactif, vicier la constitution de la Société légalement établie. C'est juger la question par la question, car la question est précisément de savoir si la Société est légalement constituée et nous soutenons fermement la négative (art. 7). L'établissement d'un conseil de surveillance est une des conditions constitutives et initiales de la Société en commandite par actions, et il est de toute évidence que la simple nomination suivie de refus doit être considérée comme non avenue, absolument comme si elle était restée inconnue de ceux qu'elle visait. Dans le cas où au cours de la Société, le conseil de surveillance vient à être réduit au-dessous du nombre légal par suite d'une cause quelconque, décès, absence, démission, éloignement, empêchement, la nullité est certaine d'après la majorité des auteurs si les membres décédés, absents, démissionnaires, etc.,

ne sont pas remplacés à bref délai (1). A fortiori doit-il y avoir nullité, quand, dès le début de la Société, le conseil de surveillance n'a pas été établi dans les conditions voulues par la loi (2).

D'après l'art. 5 de la Loi de 1867, le Conseil de surveillance doit être composé d'actionnaires, il ne pourrait comprendre parmi ses membres des étrangers. Il n'en était pas de même avant la loi de 1856.

Il est nécessaire, mais il suffit d'être actionnaire : l'associé porteur d'une seule action serait valablement désigné. Dans la discussion de la loi de 1856, on proposa d'astreindre les membres du Conseil de surveillance à l'obligation d'être propriétaires d'un certain nombre d'actions; mais la Commission, tout en reconnaissant que le Conseil de surveillance offrirait plus de garanties, si chacun des membres qui le composent avait un droit plus considérable dans le fonds social, repoussa cette mesure, par ce motif que « fixer la part du gérant et celle des membres du Conseil de surveillance à un chiffre trop faible, c'est s'exposer à rendre la précaution illusoire, l'élever trop haut, c'est se priver peut-être de concours utiles (3). » La loi de 1867 est égale-

(1) Duvergier. Lois 1856. P. 341. — Mathieu et Bourguignat. N° 60. — Dalloz. V° Société. N° 1214. — Bédarride N° 131. — Alauzet. T. I. N° 464. — Rivière. N° 59. — Contra : Vavasseur. Soc. Civ. et Comm. N° 571, p. 361.

(2) Pont. N°s 16-20. — Note de M. Bourguignat sous Cass., 14 juill. 1873. S. 74. 1. 425.

(3) Duvergier. Lois 1856. P. 326.

ment muette sur ce point, mais les statuts pourraient-ils exiger que chaque membre du Conseil de surveillance fût propriétaire d'un certain nombre d'actions ?

Certains auteurs se prononcent pour la négative : 1° Le texte n'admet pas de restriction au droit pour chaque actionnaire d'être appelé au Conseil de surveillance, droit qui résulte de sa qualité d'actionnaire; 2° cette stipulation paralyse la liberté et porte atteinte à l'indépendance de l'assemblée générale; elle a, de plus, pour effet d'appeler au Conseil de surveillance les actionnaires les plus riches, qui ne seront pas toujours les plus aptes à remplir ces fonctions; 3° les motifs qui ont fait repousser cette disposition, lorsqu'on voulut l'introduire dans la loi en 1855, existent toujours; comment pourrait-il se faire que les parties eussent le droit de la rendre obligatoire, alors que le législateur lui-même a refusé de la consacrer? M. Bédarride conclut en disant que cette clause insérée dans les statuts « ne lierait les associés que si l'assemblée générale la ratifiait et l'acceptait, en y conformant son choix (1). »

Malgré cette pluralité de motifs, nous nous prononçons pour l'opinion contraire en vertu du principe de la liberté des conventions. Pour que la clause dont s'agit fût prohibée, il faudrait qu'elle portât atteinte à un principe d'ordre public.

(1) Bédarride. N° 139. — Pont. N° 1043.

Est-elle contraire à la loi ? Silence absolu des textes. Est-elle immorale ? Personne n'oserait le soutenir. Pourquoi n'a-t-elle pas été insérée dans la loi ? C'est parce que dans un cas elle aurait été inutile (si le nombre d'actions fixé par la loi eût été trop faible) ; dans l'autre, elle aurait pu nuire à la Société en la privant de l'expérience d'hommes capables et éclairés (si le nombre d'actions fixé par la loi eût été trop élevé). Ce sont là des motifs d'ordre purement privé qui ne peuvent lier les parties (1).

Exiger que les membres du conseil de surveillance soient propriétaires d'une quantité d'actions déterminée, peut constituer pour les actionnaires une très sérieuse garantie : les membres du conseil de surveillance seront les premiers interressés à être vigilants et sévères dans l'accomplissement de leurs fonctions (2).

Bien souvent, à la clause précédente insérée dans les statuts, se trouve réunie une autre clause, qui rend inaliénables les actions appartenant aux membres du conseil de surveillance, et ordonne qu'elles resteront attachées à la souche; elles peuvent être indépendantes, mais le plus souvent elles se complèteront l'une l'autre. Il est bien vrai qu'une partie de la fortune de l'actionnaire va se trouver en quelque sorte immobilisée : mais les actions ne sont pas frappées d'indispo-

(1) Rivière. N° 55.
(2) Paris, 16 avril 1861. D. 61. 2, 122.

nibilité, l'actionnaire peut les aliéner à la condition d'abandonner ses fonctions.

Dans tous les cas, un membre du conseil de surveillance qui aliène toutes ses actions doit être considéré comme démissionnaire, et il y a lieu de convoquer immédiatement l'assemblée générale, afin de pourvoir à son remplacement.

Un étranger ne pourrait faire partie d'un conseil de surveillance ; de même un étranger ne pourrait être adjoint aux trois membres du conseil de surveillance, le but du législateur ayant été de confier aux intéressés eux-mêmes, par l'entremise de délégués ou représentants, le contrôle des affaires communes. L'art. 5 ne laisse pas de doute à ce sujet. Mais supposé que le conseil soit irrégulièrement composé par suite de l'adjonction d'un étranger, pourra-t-on soutenir que la Société est nulle par application de l'art. 7 ? Nous ne le pensons pas. On devrait au contraire tirer de l'art. 5 cette conséquence : le tiers étranger qui, appelé à faire partie d'un conseil de surveillance accepterait les fonctions qui lui sont offertes et les exercerait, devrait être réputé souscripteur d'au moins une action. Ceci n'est que la généralisation, sous le régime de la Loi de 1867, d'un arrêt de la Cour de Paris du 16 avril 1861 (1), d'après lequel, les membres du conseil de surveillance sont en

(1) Paris, 16 avril 1861, D. 61. 2, 122.

l'absence même de toute souscription effective, réputés avoir souscrit le nombre d'actions exigées par les statuts, par cela seul qu'ils ont accepté la qualité de membres du conseil de surveillance, alors surtout qu'en outre ils en ont rempli les fonctions.

La durée du conseil de surveillance est réglée par les statuts : cependant le premier conseil ne peut être nommé que pour une année. Quand les associés nomment le premier conseil de surveillance, ils ne se connaissent pas entre eux, leur choix ne peut être éclairé; la loi le présume du moins ainsi, et elle ne veut pas que le contrôle soit confié pour une longue durée, à des associés qui ne méritent peut être pas la confiance de leurs coassociés. Après une année, les actionnaires sauront mieux à quoi s'en tenir sur les garanties que peuvent présenter leurs mandataires.

Si le premier Conseil de surveillance n'est pas renouvelé après l'expiration d'une année, la Société est-elle frappée de nullité? Non : d'après la jurisprudence (1). Nous ne partageons pas cet avis : les membres du Conseil de surveillance sont bien rééligibles, mais le mandat qui leur est confié ne peut résulter du consentement tacite, réel ou supposé, des actionnaires, comme semble le croire la jurisprudence.

A part la disposition finale de l'art. 5, la

(1) Cass., 14 juillet 1873.

loi ne fixe pas de limite, quant à la durée, aux pouvoirs du Conseil de surveillance.

Le Conseil de surveillance est investi d'attributions spéciales qui se rattachent étroitement à la constitution de la Société : « il doit immédiatement après sa nomination, dit l'art. 6, vérifier si toutes les dispositions contenues dans les articles qui précèdent ont été observées. »

La loi de 1856 ne contenait aucune disposition explicite imposant cette charge au Conseil de surveillance ; mais l'art. 7 décidait que dans le cas d'annulation de la Société constituée contrairement à l'une des prescriptions énoncées dans les articles précédents, les membres du Conseil de surveillance pouvaient être tenus solidairement avec le gérant, de toutes les opérations faites postérieurement à leur nomination. Toute sanction supposant une obligation, les membres du Conseil de surveillance n'auraient pu être déclarés responsables de l'annulation de la Société, s'ils n'avaient eu le pouvoir, même le devoir, de constater l'observation rigoureuse de toutes les conditions exigées.

Le Conseil de surveillance doit donc s'assurer dès sa première séance, qu'il y a eu souscription intégrale du capital social, versement du quart, déclaration du gérant dans un acte notarié, approbation des apports en nature, s'il y en a, et des avantages particuliers ; il doit même vérifier s'il a été lui-même régulièrement institué, si les deux assemblées ont été réunies et ont

délibéré selon les formes voulues par la loi, si la majorité du quart a été obtenue. C'est le gérant qui a reçu les souscriptions, qui a reçu les versements des mains des actionnaires, qui a fait la déclaration prescrite par l'art. 1er al. 3, et y a joint les pièces qui doivent y être annexées.

Ne pas établir de contrôle, c'eût été permettre au gérant de cacher les vices qui peuvent affecter la constitution de la Société sous de fausses déclarations, de faire fonctionner la Société avant que son existence ne fût assurée, au grand préjudice des actionnaires si l'on se trouvait plus tard dans l'impossibilité de réaliser définitivement le projet de Société ; en un mot, c'eût été reconnaître l'omnipotence du gérant. Aussi la loi a-t-elle eu raison de défendre au gérant, sous une sanction pénale, de commencer les opérations sociales avant l'entrée en fonctions du Conseil de surveillance (art. 13).

Il faut que le contrôle soit effectif et sérieux : les membres du Conseil seraient en faute s'ils acceptaient sans les vérifier les dires des gérants et des fondateurs, quelque confiance qu'ils inspirent ; ils devraient réparation de toute négligence qu'ils auraient ainsi commise. La Cour d'Agen s'est donc trompée lorsqu'elle a décidé que le Conseil de surveillance n'est pas garant de l'exactitude de la déclaration notariée du gérant, constatant le versement préalable du quart du montant de chaque action. Cette doc-

trine était en contradiction avec la vraie doctrine admise par la Cour d'Aix et par la Cour de Cassation « qui refuse aux membres du Conseil de surveillance le droit de se retrancher derrière la déclaration du gérant comme présumée sincère et véritable ». La Cour d'Aix était au contraire dans le vrai, quand elle a déclaré que les membres du Conseil de surveillance sont personnellement responsables de la nullité de la Société prononcée soit pour défaut de souscription de la totalité du capital social, soit pour défaut de versement préalable du quart, lorsque au lieu de s'assurer par eux-mêmes en examinant les bulletins de souscription et en vérifiant l'état de la caisse, comme c'était leur droit et leur devoir, de l'accomplissement sincère et régulier de ces conditions, ils ont accepté aveuglément la déclaration du gérant et la liste des souscripteurs y annexée (1).

Les membres du Conseil de surveillance ne pourraient être admis à se faire représenter par un tiers, bien qu'en droit commun le mandataire puisse se substituer un tiers (art. 1994 Code Civil); leur mission est un munus personale qui leur a été attribué à raison de certaines qualités, de connaissances et d'aptitudes spéciales; ils ne pourraient être valablement remplacés, sans que les associés aient à intervenir,

(1) Agen, 6 déc. 1860. D. 61. 2. 60. — Cass., 11 mai 1863. D. 63. 1. 213. — Aix, 16 mai 1860. D. 61. 1. 428. — Cass., 12 avril 1864. S. 64. 1. 169.

par d'autres qui ne les possèdent peut-être pas.

Quand la vérification du Conseil de surveillance aboutit à une découverte d'irrégularités, ou constate l'inobservation des art. 1 à 5, la nullité de la Société ne s'en suit pas nécessairement : toute la question est de savoir si les irrégularités sont irréparables et si les formalités omises peuvent encore être accomplies. « Ainsi, dit M. Bédarride, la déclaration devant notaire peut être régularisée ou renouvelée, la liste des souscripteurs dressée, les autres pièces à annexer fournies. Ainsi encore si les apports ou les avantages particuliers n'ont pas été vérifiés et approuvés dans la forme voulue, de nouvelles assemblées convoquées à cet effet pourront y suppléer. Mais comment remédier à l'irrégularité tirée de ce que le capital n'aurait pas été souscrit en entier, de ce que le gérant aurait introduit des signatures de complaisance; de ce que certaines souscriptions seraient conditionnelles, et qu'au lieu d'argent elles n'auraient promis que des fournitures, des services ou des travaux; de ce que enfin chaque action n'aurait pas versé le quart au moins de sa valeur (1)? » Le législateur n'a aucun intérêt à multiplier les nullités, et l'institution du Conseil de surveillance a précisément pour but de les prévenir.

(1) Bédarride N° 154.

Section II

De la nomination des Administrateurs et des Commissaires.

Nous rencontrons dans les art. 22, 23 et 25 de la loi de 1867 écrits pour la Société anonyme, des dispositions analogues à celles des articles 5 et 6 qui visent la Société en commandite.

La Société en commandite comprend deux classes d'actionnaires, les commandités et les commanditaires, les uns responsables personnellement sur tous leurs biens, les autres responsables seulement jusqu'à concurrence de leur mise : elle est la juxtaposition des deux éléments réel et personnel. La Société anonyme, au contraire, ne comprend qu'une seule classe d'associés dont la responsabilité est limitée pour tous et chacun en particulier : ces associés engagent leur mise et rien de plus, c'est l'absorption de l'élément personnel par l'élément réel. Si telle est la nature de ces Sociétés, on comprend très bien qu'il puisse y avoir entre elles une différence au point de vue de leur administration, et cette différence existe (1). La Société en commandite par actions est administrée par le commandité, dont la responsabilité est illimitée, désigné d'avance pour cette fonction comme

(1) Pont. N° 1599, p. 581.

étant l'associé le plus intéressé, bien plus comme étant le chef de l'entreprise : c'est le gérant. Au contraire dans la Société anonyme tous les associés ont un droit égal général : droit égal au point de vue des bénéfices et des pertes d'où dérive pour eux un droit égal d'administrer la Société. Mais il serait aussi dangereux qu'impossible la plupart du temps, de laisser l'administration à tous les associés : prava est multitudo ; réunis en assemblée générale, ils délégueront leur droit à des mandataires appelés administrateurs. C'est là une condition constitutive de la Société anonyme qui vient s'ajouter à celles qui sont prescrites par les art. 1 à 4 de la loi du 24 juillet 1867. Jusqu'à ce qu'elle soit accomplie la Société ne peut fonctionner, parce qu'elle n'est pas complètement organisée.

Les associés doivent également nommer des commissaires de surveillance (art. 25).

Art. 25. — Une assemblée générale est dans tous les cas convoquée à la diligence des fondateurs, postérieurement à l'acte qui constate la souscription du capital social et le versement du quart du capital qui consiste en numéraire. Cette assemblée nomme les premiers administrateurs ; elle nomme également, pour la première année, les commissaires institués par l'art. 32. Le procès-verbal de la séance constate l'acceptation des administrateurs et des commissaires présents à la réunion. La Société est

constituée à partir de cette acceptation (1).

La deuxième assemblée, qui doit approuver les apports en nature et les avantages particuliers, est apte à nommer les administrateurs si elle est composée, comme la loi l'exige, d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social (art. 30). Tout actionnaire, quel que soit le nombre des actions dont il est porteur, peut prendre part aux délibérations avec le nombre de voix déterminé par les statuts sans qu'il puisse être supérieur à dix (art. 27). On en conclut que, en matière de Sociétés anonymes, les statuts ne pourraient exiger que les actionnaires soient possesseurs d'un certain nombre d'actions pour pouvoir prendre part au vote : il suffit qu'ils en aient une.

L'art. 30, al. 2, prévoit le cas où l'assemblée générale ne réunit pas un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social. Cette assemblée ne peut prendre qu'une délibération provisoire et une autre assemblée doit être convoquée. Deux avis publiés au moins à huit jours d'intervalle et au moins un mois avant la réunion de l'assemblée, dans un des jour-

(1) L'art. 14 du projet de Loi sur les Sociétés pose les mêmes règles que l'art. 25 de la Loi du 24 juillet 1867. L'art. 16 y apporte toutefois une modification. « La Société est constituée à partir de l'acceptation des administrateurs et des commissaires constatée soit par le procès-verbal de l'assemblée réunie en vertu de l'art. 15, soit par un acte passé devant notaire et sous cette réserve que les commissaires vérifieront immédiatement après leur nomination si toutes les dispositions constitutives de la Société ont été remplies.»

naux désignés pour recevoir les annonces légales (1), font connaître aux actionnaires les résolutions provisoires. Ces résolutions deviennent définitives si elles sont approuvées par la nouvelle assemblée composée d'un nombre d'actionnaires représentant le cinquième au moins du capital social.

L'assemblée générale n'a pas le privilège exclusif de la nomination des administrateurs: ceux-ci peuvent encore être désignés par les statuts avec stipulation formelle, que leur nomination ne sera pas soumise à l'approbation de l'assemblée générale (art. 25, al. 3); on a voulu respecter un intérêt très légitime en établissant cette dérogation à la règle générale. « On comprend, dit l'exposé des motifs, que les fondateurs d'une Société, soit qu'ils en aient conçu la pensée, soit qu'ils aient fourni la plus grande partie de l'apport social, ne consentent pas à se voir exclus du conseil d'administration par un vote de l'assemblée. » Les actionnaires en souscrivant sont censés avoir renoncé pour un temps déterminé au droit de nommer les administrateurs. Nous disons pour un temps déterminé, car les administrateurs désignés par les statuts ne peuvent être nommés pour plus de trois ans. Lorsqu'ils ont été nommés par l'assemblée générale, ils peuvent être nommés pour six ans. Ils sont rééligibles sauf stipulation

(1) Le nouveau projet de Loi dit « dans le Bulletin des Sociétés».

contraire, sans distinction entre ceux qui ont été nommés par les statuts et les autres. Le Code de Commerce ne fixait aucune durée au mandat des administrateurs.

Si les administrateurs étaient désignés par les statuts sans la stipulation formelle dont parle la loi, l'assemblée générale devrait être appelée à confirmer leur nomination par un vote de ratification et nous croyons que, dans ce cas, leurs fonctions pourraient leur être conférées pour six ans.

Les administrateurs doivent être actionnaires, l'art. 26 le suppose ; à l'inverse, l'art. 31 du Code de Commerce permettait de les prendre parmi des personnes non associées. Ils doivent être propriétaires d'un nombre d'actions déterminé par les statuts, et ils sont tenus de les garder pendant toute la durée de leurs fonctions. « Ces actions, ajoute la loi, sont affectées en totalité à la garantie de tous les actes de gestion, même de ceux qui seraient exclusivement personnels à l'un des administrateurs. Elles sont nominatives, inaliénables, frappées d'un timbre indiquant l'inaliénabilité et déposées dans la caisse sociale. » Obliger les actionnaires à être propriétaires d'actions au moment de leur nomination, s'ils avaient été libres de les aliéner aussitôt après, c'eût été une mesure inutile, qui n'aurait même pu se justifier, car une garantie pour être efficace doit reposer sur un objet certain sur lequel elle puisse s'exercer. Ces actions

prennent le nom d'actions de gérance ou de cautionnement.

L'assemblée générale doit aussi nommer un ou plusieurs commissaires de surveillance, associés ou non et cela à peine de nullité (art. 25, 41); c'est pour elle un droit absolu et sans partage. Les commissaires de surveillance ne pourraient être désignés par les statuts; ils sont nommés pour un an. Nous n'examinerons pas leur rôle qui est tout à fait étranger à la constitution de la Société.

La Société n'est constituée qu'après l'acceptation des administrateurs et des commissaires présents à la réunion; cette acceptation est constatée par le procès-verbal de la séance; mais il peut très bien se faire que les administrateurs ou les commissaires nommés n'assistent pas à l'assemblée, cela arrivera même fréquemment pour les commissaires qui peuvent être des personnes étrangères à la Société. La loi n'ayant pas prévu ce cas, on décide généralement que l'acceptation sera reçue par un acte authentique ou sous seing privé qui sera annexé au procès-verbal. Si les administrateurs ont été désignés par les statuts, l'acceptation résulte des statuts eux-mêmes et la Société est définitivement constituée, dès que l'assemblée générale a vérifié la sincérité de la déclaration faite par les fondateurs devant notaire et constatant l'exécution des prescriptions de l'art. 1, al. 2.

Les commissaires de contrôle n'ont donc pas

la même mission que le conseil de surveillance : le conseil de surveillance est tenu de vérifier immédiatement après sa nomination si toutes les dispositions contenues dans les articles qui précèdent ont été observées, il s'agit dans ces articles des conditions constitutives de la Société. « C'est ce conseil, dit M. Vavasseur, qui est institué le gardien de la loi ; à lui la mission d'assurer l'observation des prescriptions qui ont pour but de sauvegarder l'intérêt général aussi bien que l'intérêt privé des personnes qui vont s'engager dans la Société. Cette mission a, en quelque sorte, un caractère public, comme celle qui était précédemment confiée au Conseil d'État chargé de surveiller la création des Sociétés anonymes et qui a été transmise par la loi nouvelle aux commissaires de surveillance des mêmes Sociétés » (1). M. Vavasseur fait erreur en ce qui concerne les commissaires de surveillance. C'est l'assemblée générale qui a hérité d'une partie de ces attributions ; elle doit vérifier la sincérité de la déclaration faite par les fondateurs concernant la souscription de la totalité du capital social et le versement du quart (2).

Si on compare cette fonction à l'obligation du Conseil de surveillance dans la Société en commandite, on constate que celle-ci est beaucoup

(1) Vavasseur. Nos 579-886.
(1) Conf. Nouveau projet de Loi, art. 14.

plus large ; l'art. 6 est plus général que l'art. 24. Le Conseil de surveillance doit procéder à une vérification bien plus stricte et bien plus complète. C'est à lui qu'incombe le devoir de rechercher si toutes les dispositions contenues dans les articles qui précèdent ont été observées. L'art. 7 trouve sa sanction dans l'art. 8 qui édicte une lourde responsabilité contre les membres du Conseil de surveillance ; dans le cas où ils ne se seraient pas conformés au commandement de la loi, ils peuvent être déclarés responsables avec le gérant du dommage résultant pour la Société et pour les tiers de l'annulation de la Société. Au contraire, aucune sanction n'est formulée contre l'Assemblée générale des actionnaires qui néglige de faire la vérification dont parle l'art. 24 al. 2 pour deux motifs : 1° les actionnaires ne sont engagés que jusqu'à concurrence de leur mise et ne peuvent pas l'être au-delà. 2° Toute la responsabilité est rejetée par la loi sur les fondateurs auxquels la nullité de la Société est imputable et sur les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue; l'art. 42 les déclare solidairement responsables envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires.

La vérification de la sincérité de la déclaration faite par les fondateurs (art. 24 al. 2), doit-elle précéder ou suivre la vérification des apports en nature ? Si l'on s'en rapportait à l'art. 27 et à l'art. 30, on pourrait croire qu'elle doit être

postérieure à la vérification des apports et à la nomination des administrateurs. Mais l'art. 24 proteste en quelque sorte contre cette interprétation : il décide, en effet, que la déclaration doit être faite par les fondateurs et soumise à la première Assemblée générale.

Législations Étrangères

La *Loi allemande* exige aussi la nomination d'un conseil de surveillance par une Assemblée convoquée par les associés engagés personnellement immédiatement après la souscription intégrale du capital, quand la Société est en commandite (art. 175 e). Il doit constater la régularité des opérations de fondation de la Société, il doit en dresser rapport,et c'est seulement après en avoir eu connaissance que l'assemblée générale prononce la constitution de la Société (art. 175 f et 175 g).

L'art. 209 h de la même loi mérite d'être noté. « Les membres de la direction et du conseil de surveillance (des Sociétés anonymes) contrôlent la régularité des opérations de fondation de la Société. S'ils ont en même temps la qualité de fondateurs, ou s'ils ont cédé à la Société un objet quelconque, ou s'ils ont stipulé un avantage particulier, un contrôle doit avoir lieu en outre par les soins de réviseurs spéciaux nommés par la Chambre de Commerce et à son défaut par la direction et le conseil de surveillance.

CHAPITRE SIXIÈME

Nombre d'associés au-dessous duquel la Société anonyme ne peut être constituée

La Société anonyme ne peut être constituée si le nombre des associés est inférieur à sept (art. 23) (art. 2 Projet de loi sur les Sociétés). La loi du 23 Mai 1863 sur les Sociétés à responsabilité limitée contenait la même disposition : elle avait été empruntée à la loi anglaise, et la loi belge de 1873 se l'est elle-même appropriée dans son art. 29, ce qui permet de croire qu'elle a bien sa raison d'être. Mais comment la justifier? On a prétendu dans la discussion que le chiffre de sept était un chiffre de fantaisie, qu'un nombre moindre de personnes, si elles réunissaient des capitaux suffisants, devraient être à même de s'associer sous la forme de l'anonymat, qu'aucun motif sérieux ne s'y opposait, qu'enfin les parties arriveraient souvent à constituer la Société régulièrement au moins en apparence, au moyen d'un détour, par une interposition de personnes; la loi ne recevrait donc, dans ce cas, qu'une satisfaction absolument platonique. Mais on a fait

à cette argumentation deux réponses; d'abord a-t-on dit, si la Société ne comptait que trois ou quatre membres, il serait impossible de lui composer un Conseil d'administration, ni de réunir une assemblée générale; en second lieu, la Société anonyme formée entre un si petit nombre de membres serait trop facilement prise pour une Société en nom collectif : les grandes opérations auxquelles se livrent ordinairement les Sociétés anonymes, font supposer qu'elles n'ont pas été formées par quelques capitalistes seulement. Les tiers seraient facilement induits en erreur sur le genre de Société auquel ils ont affaire, et, au lieu de se trouver en présence d'une Société composée d'associés solidairement et indéfiniment responsables, ils rencontreraient une Société composée d'associés dont la responsabilité ne peut dépasser la mise, c'est-à-dire que le droit des tiers serait limité au capital social.

Il semble d'une simplicité extrême de constater si la Société compte ou ne compte pas sept associés. La jurisprudence a néanmoins eu à se prononcer sur la question suivante : une personne fait un apport à une Société, mais aucune action ne lui est attribuée, et il est décidé qu'elle ne pourra venir au partage de l'actif social au moment de la dissolution. Doit-elle être considérée comme étant associée et comme pouvant contribuer à former le nombre *sept* exigé par la loi. La Cour de Paris a admis

l'affirmative (1), en se basant principalement sur ce motif que cette personne réunissant la double qualité d'apporteur et d'ayant-droit aux bénéfices sociaux, devait être assimilée à un actionnaire, qu'elle était intéressée à la prospérité de la Société puisqu'elle devait participer à la fois aux gains et aux pertes. En effet, si l'on se reporte à l'art. 1832 qui donne la définition du contrat de Société, il n'exige, pour la formation d'une Société, que deux conditions : 1° la mise d'une chose en commun ; 2° l'intention de partager les bénéfices et les pertes qui pourraient en résulter ; les dettes sont corrélatives du gain. Mais la loi n'exige nulle part que l'associé ait une part de co-propriété dans le fonds social. Le droit de co-propriété des associés est, comme on l'a dit, de la nature de la Société, mais non de son essence (2). On comprend très bien que certains apports ne puissent faire l'objet d'un partage entre les associés au moment de la dissolution de la Société : il en est ainsi notamment pour l'apport en industrie : on peut supposer de même que la mise d'un associé a consisté en un brevet d'invention qui a pris fin avant la dissolution de la Société. Ces apports ne faisant pas partie de la masse à partager, quoi d'étonnant qu'on refuse tout droit au partage du fonds social à celui qui les a effectués.

Il pourrait même se faire qu'une Société

(1) Paris, 12 janvier 1882.
(2) Rataud. Rev. Crit. 1884. P. 313.

existât sans que, à la dissolution, il y eût lieu à partage d'un fonds social, par exemple, si tous les associés ont fait un apport en industrie.

Il ne faut pas assimiler toutefois le droit de l'associé qui n'a pas sur le fonds social un droit de copropriété, à une action de jouissance : car, pour l'action de jouissance, si après l'amortissement de toutes les actions il reste un excédant, il doit être partagé comme actif social entre toutes les actions sans distinction entre les actions de capital et les actions de jouissance.

La sanction de l'art. 23 se trouve dans l'art. 41 aux termes duquel est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute Société anonyme pour laquelle n'ont pas été observées les dispositions des art. 22, 23, 24 et 25. Lorsque la Société a été constituée par moins de sept membres, sa constitution est entâchée d'un vice radical qui ne lui permet même pas d'exister : elle ne produit aucun effet.

Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle toute différente que prévoit l'art. 38 : cet article suppose qu'au cours de la Société le nombre des associés est tombé au-dessous de sept : et il décide que lorsque cette situation s'est prolongée pendant *un an* la *dissolution* peut être prononcée sur la demande de toute partie intéressée.

C'est une faculté et non une obligation pour les tribunaux de prononcer la dissolution ; il en

est tout différemment lorsqu'il est prouvé que la *nullité* a été encourue pour inobservation de l'art. 23 au moment de la formation de la Société.

CHAPITRE SEPTIÈME

Notions sur la Publicité

La personnification morale des Sociétés commerciales, qui donne à ces Sociétés le droit d'avoir un patrimoine distinct de celui de leurs membres, d'avoir des créances et des dettes, de s'obliger en leur nom personnel, vis-à-vis des tiers et d'ester en justice, a amené le législateur à exiger pour leur constitution une condition supplémentaire : la publicité.

La loi de 1867 ordonne la publication par dépôt de l'acte de Société et la publication par la voie des journaux. Elle impose en outre une publicité permanente aux Sociétés par actions.

Un double de l'acte constitutif s'il est sous-seing privé, ou une expédition s'il est notarié, doit être déposé au greffe de la Justice-de-Paix et au greffe du Tribunal de Commerce du lieu dans lequel est établie la Société (art. 55. al. 5); à l'acte constitutif doivent être annexées certaines pièces, lorsqu'il s'agit de Sociétés par actions, et même une de plus encore quand il s'agit d'une Société anonyme. Ce sont : 1° une expédition de

l'acte notarié constatant la souscription du capital social et le versement du quart; 2° une copie certifiée des délibérations prises par l'assemblée générale dans les cas prévus par les art. 4 et 24, c'est-à-dire lorsqu'il y a eu lieu à vérification et approbation d'apports qui ne consistent pas en numéraire ou d'avantages particuliers. — En outre, *lorsque la Société est anonyme*, la liste nominative dûment certifiée des souscripteurs contenant les noms, prénoms, qualités, demeures et le nombre d'actions de chacun d'eux, doit être jointe à l'acte constitutif (art. 55, al. 2 et 3).

Le législateur a fait preuve ici d'un manque de logique, en n'assimilant pas au point de vue de l'annexion de la liste des souscripteurs, les Sociétés en commandite aux Sociétés anonymes : l'utilité de cette formalité pour les tiers est égale des deux côtés. Les actionnaires ne répondant que de leur mise dans l'un et l'autre genre de Sociétés, il importe également aux tiers de les connaître, pour qu'ils puissent se rendre compte de leur solvabilité et de leur crédit; car la situation pécuniaire des souscripteurs peut avoir une grande influence sur le crédit de la Société. Ce défaut de concordance n'existe pas dans l'art. 1er al. 4. Il faut chercher la raison de cette différence dans ce fait que le gérant étant indéfiniment responsable vis-à-vis des tiers, on a pensé que les commanditaires devaient rester inconnus. C'est une idée surannée qui a survécu à l'ancienne commandite.

L'art. 59 vient compléter l'art. 55 : il prévoit l'hypothèse très fréquente où la Société a plusieurs maisons de commerce situées dans divers arrondissements, c'est-à-dire des succursales sérieusement établies ; le dépôt prescrit par l'art 55..... nous dit-il, a lieu dans chacun des arrondissements où existent des maisons de commerce. Il faut entendre ici par arrondissements, les circonscriptions auxquelles est limitée la compétence territoriale, soit du juge de paix, soit du tribunal de commerce, quand bien même elles seraient différentes de la circonscription administrative. Dans les villes divisées en plusieurs arrondissements, le dépôt sera fait seulement au greffe de la justice de paix du principal établissement.

Pourquoi la loi exige-t-elle le dépôt de ces différentes pièces ? L'art. 63, al. 1, donne à toute personne le droit de prendre communication des pièces déposées aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce, ou même de s'en faire délivrer à ses frais, expédition ou extrait par le greffier ou par le notaire détenteur de la minute, mais seulement lorsqu'il s'agit d'une Société en commandite par actions ou d'une Société anonyme. Le dépôt est donc absolument inutile pour les Sociétés par intérêts. On peut se demander, dès lors, pourquoi la loi le rend obligatoire.

La formalité du dépôt n'est pas considérée par la loi comme suffisante. Le dépôt doit être suivi de l'insertion d'un extrait de l'acte constitutif

et d'un extrait des pièces annexées à l'acte qui ont été déposées avec cet acte aux deux greffes, dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales. Si la Société avait plusieurs maisons de commerce la publication par la voie des journaux devrait être faite dans chacun des arrondissements où elles sont situées (art. 59).

L'extrait doit contenir les énonciations suivantes; 1° la nature de la Société si elle est en nom collectif ou en commandite par actions, ou anonyme ou à capital variable; 2° les noms des associés autres que les actionnaires ou commanditaires, c'est-à-dire les noms des associés solidairement responsables; 3° la raison sociale ou la dénomination adoptée par la Société, selon qu'il s'agit d'une Société en commandite ou d'une Société anonyme, les Sociétés anonymes étant désignées par l'objet de l'entreprise; 4° l'indication du siège social. Les tiers ont intérêt à le connaître au point de vue de la compétence en cas de procès avec la Société; 5° la désignation des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la Société. Cette énonciation est très importante lorsque la Société est anonyme; en effet, c'est seulement par cette partie de l'extrait que les tiers connaissent les personnes chargées d'administrer la Société; 6° le montant du capital social et le montant des valeurs fournies et à fournir par les actionnaires ou commanditaires (art. 57) et si la Société est anonyme,

le montant du capital en numéraire et en autres objets (art. 58). Cette indication de l'extrait permet aux tiers d'apprécier le crédit qu'ils doivent accorder à la Société: le crédit de la Société en commandite par actions repose au moins autant sur le capital social que sur la responsabilité du gérant ; dans la Société anonyme, le capital social est le seul élément de ce crédit. Il importe donc aux tiers de savoir de quoi il se compose.

On a pu remarquer que la loi se sert de deux expressions différentes selon qu'il s'agit de Sociétés en commandite ou de Sociétés anonymes. Est-ce à dessein qu'elles ont été employées pour marquer une différence entre la Société en commandite et la Société anonyme, ou bien faut-il penser qu'il n'y a là qu'une seule et même disposition. C'est la seconde opinion qui devrait prévaloir d'après les uns : le législateur en répétant dans l'art. 58 ce qu'il venait de dire dans l'art. 57 aurait voulu empêcher que l'application de la règle ne fût mise en doute pour les Sociétés anonymes, les expressions de l'art. 57 « valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires ou commanditaires » ayant été prises dans l'art. 43 du C. de Comm. spécial aux Sociétés en commandite (1). D'après les autres, la diversité des termes employés par nos articles aurait une autre cause. Les énonciations de l'extrait

(1) Pont. N° 1162.

relatives au capital, ne seraient pas les mêmes pour les Sociétés en commandite que pour les Sociétés anonymes. Lorsque la Société est anonyme, l'indication dans l'extrait d'un seul chiffre, celui du capital social, serait suffisante, sans qu'il y ait à s'arrêter à ce fait que le capital se compose à la fois de numéraire et d'autres objets. Lorsque la Société est en commandite, l'extrait devrait contenir une double indication : 1° le montant intégral du capital social, numéraire et apports en nature ; 2° le chiffre de la commandite, pour que les tiers puissent connaître la valeur personnelle du gérant responsable. Cette double indication serait inutile dans la Société anonyme, où les tiers ne peuvent compter que sur une seule garantie, celle du capital social (1).

L'apport en industrie doit-il faire l'objet d'une estimation et doit-il figurer dans l'extrait « parmi les valeurs fournies » ? Ici encore les auteurs ne sont pas d'accord. On fait valoir pour la négative que l'estimation est impossible ; par suite, dit-on, les travaux promis seront énoncés dans l'extrait, mais sans estimation ; le chiffre du capital en numéraire et le chiffre des apports en nature sont les seuls qui doivent être exprimés. Les partisans de l'affirmative prétendent au contraire, que l'évaluation en argent d'un apport en industrie est possible et

(1) Vavasseur. N° 1015.

que pour l'obtenir on devra considérer : 1° la nature de l'industrie ; 2° son importance et 3° le profit que la Société peut en retirer. « La loi en exigeant l'indication dans l'extrait non seulement du montant du capital social, mais encore du montant des valeurs fournies ou à fournir et du montant du capital en numéraire ou autres objets, implique bien l'idée qu'en toute hypothèse, les apports ne consistant pas en numéraire devront être estimés et traduits en chiffres dès que ces apports participent à la répartition des actions, et, par cela même, influent sur le capital que ces actions représentent » (1).

A l'objection tirée de la difficulté d'estimer l'apport en industrie, on apporte une autre réponse, le législateur a si peu considéré cette évaluation comme impossible que, dans l'art. 1853 du Code Civil, il assimile à l'associé qui a le moins apporté, quant aux bénéfices et quant aux pertes, l'associé qui n'a pas pris soin de faire estimer l'industrie qu'il a apportée à la Société. Mais il y a plus, l'art. 4 de la loi de 1867 exige l'appréciation et l'approbation par l'assemblée générale de tous les apports qui ne consistent pas en numéraire, et tant que cette condition n'a pas été remplie, la Société n'est pas définitivement constituée : l'apport en industrie rentre incontestablement dans les termes de l'art. 4 : nouvelle preuve que, aux yeux

(1) Pont. N° 1162.

de la loi, l'évaluation de l'apport en industrie n'est pas impossible.

L'extrait doit encore indiquer : 7° L'époque où la Société commence et celle où elle doit finir; 8° La date du dépôt fait aux Greffes de la Justice de Paix et du Tribunal de Commerce. Ces renseignements permettront aux tiers de retrouver facilement l'acte constitutif de la Société s'ils désirent en prendre connaissance (art. 57 et 58).

Pour la Société anonyme l'extrait doit contenir une énonciation supplémentaire : la quotité à prélever sur les bénéfices pour composer le fonds de réserve. Les tiers ont intérêt à savoir si le fonds de réserve est sérieux, puisque c'est une de leurs garanties : la Société sera loin la plupart du temps de craindre cette publication, puisque c'est pour elle un élément de crédit (art. 58).

La forme de l'extrait est indiquée par l'art. 60. Pour les actes publics, l'extrait des actes et pièces déposés est signé par le notaire. Pour les actes sous seing privé il est signé par les associés en nom collectif, par les gérants des Sociétés en commandite ou par les administrateurs des Sociétés anonymes.

A la demande qui pourrait leur être faite de justifier de l'insertion, les associés devront présenter un exemplaire du journal certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré daus les trois mois de sa date (art. 56,

al. 2). La production d'un extrait du registre du receveur constatant l'enregistrement du numéro du journal dans lequel l'insertion a été faite, pourrait remplacer la présentation de l'exemplaire du journal.

Dans quel délai la publication doit-elle être faite ?

Le délai de publication qui était fixé à quinze jours par le Code de Commerce (art. 42) a été augmenté par la loi de 1867 : il est d'un mois aussi bien pour le dépôt aux greffes que pour l'insertion de l'extrait de l'acte constitutif et des pièces déposées, peu importe que la Société ait plusieurs maisons de commerce ou qu'elle en ait une seule ; le délai est unique. Il a pour point de départ, d'après les art. 55 et 56, la constitution de la Société, c'est-à-dire que le délai courra pour les Sociétés en commandite par actions, du jour de la nomination du premier conseil de surveillance et pour les Sociétés anonymes, du jour de l'acceptation de leurs fonctions par les premiers administrateurs. Jusqu'en 1867, le délai courait pour toutes les Sociétés à partir de la date de l'acte.

Outre la publicité initiale qui est une des conditions constitutives de toute Société de commerce, la loi de 1867 impose aux Sociétés par actions une publicité permanente : 1° les pièces déposées aux greffes doivent être affichées d'une manière apparente dans les bureaux de la Société ; 2° tous les actes et autres docu-

ments imprimés ou orthographiés, émanés de ces Sociétés, doivent porter l'indication de la nature de la Société et la mention du capital social ; 3° toute personne a le droit de prendre communication aux greffes des pièces déposées, de s'en faire délivrer à ses frais expédition ou extrait par le greffier, ou le notaire détenteur de la minute, ou enfin d'exiger qu'il lui soit délivré au siège de la Société une copie certifiée des statuts moyennant paiement d'une somme qui ne pourra excéder un franc.

Toute contravention à ces règles est punie d'une amende de 50 fr. à 1000 fr. (art. 64).

Au cours de la Société il est nécessaire de publier tous les actes et délibérations ayant pour objet la modification des statuts, la continuation de la Société au-delà du terme fixé pour sa durée, la dissolution avant ce terme et le mode de liquidation, tout changement ou retraite d'associés et tout changement à la raison sociale (art. 61).

L'inobservation des règles relatives à la publicité a pour sanction la nullité : ces règles en effet sont d'ordre public. « Les formalités prescrites par l'article précédent et par le présent article seront observées à peine de nullité à l'égard des intéressés ; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé aux tiers par les associés. » (Art. 26. — Conf. : art. 7 et 41.) L'omission totale ou partielle des formalités de publicité, la simple omission d'un détail emporte

nullité; il faut de plus qu'elles soient accomplies dans le délai voulu et la sanction est la même.

Toutefois on admet que si la Société était publiée même après l'expiration du délai, *mais avant toute demande en nullité* (1), elle devrait être considérée comme légalement constituée pour l'avenir.

A qui et par qui peut être opposée cette nullité ? Quels en sont les effets ? Nous examinerons plus loin ces différentes questions.

Les art. 65, 66 du nouveau projet de Loi sur les Sociétés prescrivent les mêmes mesures de publicité que les art. 55 et 56 de la Loi du 24 juillet 1867 ; ils exigent le dépôt de l'acte au greffe et l'insertion d'un extrait dans un journal désigné pour recevoir les annonces légales.

Pour faciliter aux tiers les recherches des actes de Société, c'est-à-dire pour rendre la publicité plus effective, pour mieux en assurer les résultats, la publication des actes et délibérations des Sociétés dont le capital est divisé en actions, doit avoir lieu dans un recueil spécial, dans un « Bulletin annexe du *Journal officiel.* » (art. 63).

La souscription d'actions emportant adhésion aux statuts, il importe que le souscripteur ne puisse donner sa signature qu'en pleine connaissance de cause : aussi l'art. 64 prescrit-il la publication du projet d'acte de Société dans le

(1) Paris, 26 janv. 1855. D. 55. 2. 195.

Bulletin officiel, dix jours au moins *avant* l'ouverture de la souscription, quand la Société se constitue au moyen d'une souscription publique.

Les bulletins de souscription, affiches, prospectus, insertion dans les journaux, circulaires, doivent contenir certaines énonciations que nous avons déjà indiquées sous une sanction civile ou pénale contre les auteurs de l'omission ou leurs complices, s'il s'en produit une (art. 4).

Les titres d'actions provisoires ou définitifs doivent porter l'indication sommaire de : 1° l'objet et la durée de la Société ; 2° la date de l'acte constitutif de la Société et de sa publication au Bulletin officiel ; 3° le nombre d'actions et leur valeur nominale ; 4° la partie du capital social représentée par les apports en nature (art. 74).

Les art. 67, 68, 69, 70, 73 reproduisent également des dispositions de la loi de 1867.

Législations Étrangères

Angleterre. — Avant de former une Société, les futurs associés doivent d'abord dresser un memorandum d'association ; ce memorandum doit porter les indications suivantes : 1° la désignation de la Société en formation et si la Société est à responsabilité limitée, le mot « limitée » doit être ajouté à cette désignation ; 2° la partie du Royaume-Uni où la Société aura son siège (Angleterre, Ecosse ou Irlande) ; 3° l'objet de la

Société ; 4° la déclaration que la responsabilité est limitée ; 5° lorsque la Société limitée est par actions, le montant du capital et le nombre d'actions. Ce memorandum doit être signé par chaque membre de la Société en présence d'un témoin et avec son attestation.

Les statuts (articles of association) doivent être dressés et signés par les associés.

Le memorandum et les statuts sont enregistrés par un fonctionnaire, receveur d'enregistrement des sociétés (registrar). A partir de l'enregistrement, la Société forme une corporation, c'est-à-dire un être moral ; elle a une raison sociale, un sceau, et elle peut posséder des terres. Le certificat du registrar constatant que la Société est incorporée et qu'elle est limitée, fait preuve que toutes les formalités ont été remplies.

Italie. — Les actes constitutifs des Sociétés en commandite par actions et des sociétés anonymes, doivent être déposés au greffe du tribunal civil ; le **Tribunal** *vérifie si toutes les conditions prescrites par la loi pour la constitution des Sociétés ont été observées.* Il prescrit par ordonnance rendue en chambre du conseil, le ministère public entendu, la transcription et l'affichage de l'acte constitutif. Un extrait de cet acte est publié dans un journal d'annonces judiciaires. Tout associé a le droit de remplir ces formalités aux frais de la Société,

ou de faire condamner les administrateurs à les remplir. Tant que la Société n'a pas été publiée elle n'est pas légalement constituée.

Allemagne. — Lorsqu'une Société en commandite par actions se fonde, le contrat doit être inscrit sur le registre du Tribunal dans le ressort duquel la Société a son siège. — Doivent être jointes au contrat toutes les pièces établissant que toutes les formalités de constitution ont été remplies (art. 176, art. 210).

La Société n'a pas d'existence légale avant que le contrat ait été inscrit sur le registre du commerce (art. 178, art. 211).

Toute négociation d'actions faite avant l'inscription de la Société sur le registre du commerce est nulle.

Quand la Société est anonyme, en même temps que le contrat de Société doivent être produits: les doubles des bulletins de souscription, les rapports des membres de la direction et du Conseil de surveillance ou des réviseurs spéciaux (art. 209 h.), et une déclaration des fondateurs, des membres de la direction et de ceux du Conseil de surveillance, attestant que le 1/4 au moins du montant de chaque action a été versé (art. 210).

Suisse. — Les statuts doivent être remis en original ou en copie dûment certifiée à un fonctionnaire préposé au registre du Commerce, dans la circonscription où la Société a son

siège : ils sont inscrits sur le registre et publiés par extrait (art. 621).

La Société n'acquiert la personnalité civile que par l'inscription sur le registre : les actions émises avant cette inscription sont nulles et ceux qui les ont émises sont solidairement responsables envers les porteurs de ces titres du dommage causé par cette émission (art. 623).

Belgique. — Les actes de Sociétés en commandite par actions et de Sociétés anonymes doivent être publiés en entier aux frais des intéressés; ils doivent être déposés dans les quinze jours de la constitution de la Société entre les mains de fonctionnaires préposés à cet effet (art. 9). La publication en est faite dans le *Moniteur* qui est adressé aux greffes des cours et tribunaux où chacun peut en prendre connaissance (art. 10).

Lorsque le dépôt n'a pas été effectué, l'amende portée par la loi est de un pour mille, sans qu'elle puisse être inférieure à 50 francs ni supérieure à 5.000, et elle est due solidairement par les notaires pour les actes publics. Le défaut de publication n'est pas opposable aux tiers par les associés.

Quand la Société se constitue par voie de souscription, l'acte de Société doit être préalablement publié à titre de projet (art. 31).

APPENDICE

Les prescriptions de la loi de 1867 relatives

à la souscription intégrale du capital social, au versement du quart, à l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers, doivent-elles être observées lorsqu'il y a augmentation du capital social pendant le cours de la Société, au moyen de l'émission d'actions nouvelles ?

La question est controversée.

D'après un premier système, il faudrait distinguer suivant que l'augmentation a été ou n'a pas été prévue par les statuts.

Lorsque l'augmentation du capital social n'a pas été prévue par les statuts, on peut dire que à la suite de l'émission d'actions nouvelles, la première Société fait place à une nouvelle Société, qui se distingue de la précédente par son capital qui est plus considérable et par les membres dont elle se compose ; le nombre des associés est, en effet, augmenté par les souscripteurs qui répondent à l'appel de la Société. Puisqu'il y a Société nouvelle, les conditions exigées par la loi pour la constitution des Sociétés doivent être observées.

Il n'en est plus de même quand les statuts autorisent l'augmentation du capital : il ne peut plus être question de Societé nouvelle ; c'est l'ancienne Société qui continue, et si une modification est apportée à son capital et au nombre de ses membres, c'est par application même de ses statuts. Il n'y a donc pas de raison pour étendre au capital d'accroissement, les règles qui ont été écrites exclusivement pour le capital

de fondation. Il est facile de se rendre compte par la lecture des travaux préparatoires que le législateur a visé uniquement dans les premiers articles de la loi de 1867 la constitution des Sociétés, et la loi a reproduit fidèlement cette pensée, en précisant les conditions sans lesquelles les Sociétés *ne peuvent être définitivement constituées.* Il est inadmissible qu'une Société légalement constituée à l'origine et en état de prospérité, qui augmente son capital en vertu d'une faculté réservée par ses statuts, soit obligée de suspendre ses opérations jusqu'au jour où la double condition relative à la souscription intégrale et au versement du quart sera réalisée. Et cette distinction entre le capital primitif et le capital additionnel se justifie très bien ; c'est, en effet, au début de la Société qu'il faut « saisir l'agiotage » (1), protéger d'abord les souscripteurs crédules contre les manœuvres frauduleuses dont ils pourraient être victimes et contre leur propre entraînement, et en second lieu, les Sociétés elles-mêmes qui pourraient commencer leurs opérations trop hâtivement, avec un capital insuffisant, et s'exposeraient à une ruine presque certaine. Les prescriptions de la loi de 1867 répondent donc à une nécessité pratique constatée : assurer la formation de Sociétés sérieuses. Mais le danger de l'agiotage et la crainte de voir se constituer trop

(1) Loi de 1856. Trav. prép. Rapp. de la Comm. — Duvergier. Coll. des L. 1856. P. 323. Col. I.

facilement des Sociétés véreuses disparaissent, une fois que la Société a fonctionné. La Société qui existe déjà depuis un certain temps, s'est révélée au public pour ce qu'elle valait ; « à la différence de la Société qui tend à se fonder, celle qui est déjà constituée a un passé qui parle pour elle ou contre elle, un passé d'après lequel quiconque le voudra arrivera aisément à la connaître, et l'on peut être assuré que suivant que sa situation sera jugée bonne ou mauvaise, ses actions nouvelles trouveront des souscripteurs sérieux ou seront délaissées » (1).

De ce que la Société reste la même après l'augmentation du capital social, lorsque cette augmentation a été prévue par les statuts, résulte-t-il que les règles prescrites au moment de la constitution de la Société ne soient pas applicables à l'émission d'actions nouvelles? Nous ne le pensons pas. On a dit d'abord que la Société cesse d'être constituée lorsqu'une délibération de l'assemblée générale conforme aux statuts autorise les gérants ou les administrateurs à faire un nouvel appel au public, parce que la totalité du capital n'est plus souscrite et que le nombre des associés n'est plus complet ; la Société n'est plus constituée, elle est dans une période de reconstitution et la reconstitution exige l'observation des même règles que la formation.

(1) Pont. N° 876.

Nous apprécierons tout à l'heure ce motif.

2° De plus il y a identité de raisons : il ne faut pas croire, en effet, que la nécessité de la souscription intégrale du capital social, du versement du quart, de l'appréciation et de l'approbation des apports en nature, ait uniquement pour but d'empêcher l'agiotage : elle existe aussi dans l'intérêt des souscripteurs que la loi doit protéger et protège en effet à toute époque contre l'emploi de manœuvres frauduleuses. Les actionnaires souscrivent en vue de tel capital qui leur a été annoncé, formé soit au moyen de numéraire ou de valeurs équivalentes, soit au moyen d'apports en nature sérieux. Pourrait-il se faire que les souscripteurs voient leur échapper en un clin d'œil les garanties sur lesquelles ils avaient compté, et restent liés vis-à-vis d'une Société, qui en ne réalisant pas le capital qu'elle avait promis, ne tient pas vis-à-vis d'eux ses engagements. Il serait par trop commode de donner avis au public que le capital de la Société sera porté de 500.000 à un million, alors qu'on sait par avance que le capital complémentaire ne sera probablement jamais souscrit. Si l'autre opinion était la vraie, toujours on constituerait la Société avec un capital très minime, qui serait souscrit par des comparses et des prête-noms, de façon que les prescriptions légales pussent être facilement observées ; puis la Société à peine constituée, on obtiendrait de l'assemblée générale un vote qui porterait le

capital à une somme considérable, en se dispensant en fait de la souscription intégrale et du versement du quart. Ce serait un puissant moyen de fraude laissé à la disposition des fondateurs, des gérants et des administrateurs et une duperie pour les tiers.

Ce serait un moyen détourné d'éviter l'application de la loi de 1867, les nouveaux actionnaires pourraient être victimes de toutes les fraudes qui se commettaient à l'égard des souscripteurs avant les lois de 1856 et de 1867. Qu'est-ce donc qui empêcherait la spéculation et l'agiotage sur les nouvelles actions? On a essayé de répondre à cette objection que la fraude faisant exception à toutes les règles, les actes ou agissements frauduleux ne sortiraient aucun effet. Mais si les souscripteurs ont versé leur mise, si les tiers tenus en vertu d'un contrat synallagmatique ont exécuté leur obligation et que la Société est insolvable, il sera trop tard, le préjudice causé par la fraude sera irréparable : ce qui prouve bien qu'il vaut mieux prévenir la fraude que de la laisser commettre, sauf ensuite à la réprimer. On est bien forcé de reconnaître que le législateur a eu l'intention de protéger les souscripteurs d'actions : il est rationnel de penser que les mesures préventives prescrites en leur faveur doivent être observées chaque fois qu'il y a souscription d'actions.

Quant à arrêter les opérations sociales jusqu'à ce que les conditions constitutives aient

été remplies, il n'en est pas question, car la Société primitive n'étant pas dissoute, c'est seulement le développement qu'on veut lui donner qui est suspendu jusqu'au jour où le capital d'accroissement est entièrement souscrit. Jusqu'à cette époque, l'augmentation du capital social n'est qu'à l'état de simple projet : sa réalisation est soumise à la condition que le capital social sera intégralement souscrit et que chaque action sera libérée d'un quart. Si l'une ou l'autre de ces conditions n'est pas remplie, la Société fonctionne toujours avec le premier capital qu'elle avait pu obtenir, comme si aucune proposition, aucun vote n'étaient intervenus. C'est la déclaration du capital nouveau et le versement du quart qui rendent la modification définitive.

Si le nouveau capital n'a pas été intégralement souscrit, si le versement du quart n'a pas eu lieu, s'il n'y a pas eu de déclaration notariée, si l'assemblée générale n'a pas été convoquée pour vérifier la sincérité de cette déclaration, il y a nullité. Mais la nullité n'est pas, comme le fait observer M. Bourguignat (1), une nullité radicale qui atteint la Société dans sa source même, mais une nullité restreinte aux actes et aux délibérations qui ont pour objet l'augmentation du capital social. Donc, si la souscription du capital social n'est pas couverte, si le taux des actions n'est pas en rap-

(1) Note sous Cass., 8 mai 1876. — S. 76. 1. 409.

port avec le capital social total, si les actions sont négociées ou mises au porteur avant que les versements réglementaires n'aient été effectués, tout cela est nul, mais la Société reste ce qu'elle était avant ces actes. Il est donc inexact de prétendre qu'il s'agit ici d'une reconstitution de la Société succédant à une sorte de dissolution.

Cette solution trouve un appui dans l'art. 42 qui établit une distinction entre la nullité de la Société et la nullité des actes ou délibérations portant modification des statuts.

La nullité qui est ici encourue produit les mêmes effets que celle de l'art. 61 qui atteint les actes et délibérations ayant pour objet la modification des statuts lorsqu'ils n'ont pas reçu la publicité voulue. La Société peut continuer à fonctionner comme si la modification n'avait pas été votée.

Il n'est pas nécessaire que les actions anciennes aient été libérées en totalité, pour qu'une émission nouvelle puisse avoir lieu. La Société est régulièrement constituée et l'augmentation du capital social est valable lorsqu'il y a eu versement du quart du montant total de ce capital.

Il est un point sur lequel tout le monde est d'accord : les règles concernant le taux et la forme des actions doivent être observées pour toutes les actions, même pour celles qui ont été émises pendant la durée de la Société et qui

correspondent à un accroissement du capital (1).

(1) En notre sens : Cass., 27 janv. 1873. S. 73. 1. 113. — Cass., 17 juillet 1885. D. 86. 1. 273. — Riom, 15 déc. 1886. D. 87. 2. 246. — Paris, 2 mai 1887. D. 87. 1. 198. — Paris, 26 juillet 1887. D. 88. 2. 145. Crédit de France. — Cass., 5 nov. 1879. S. 80. 1. 172. — Cass., 6 juin 1885. S. 87. 1. 284. — Paris, 28 déc. 1886. S. 88. 2. 37.

Rousseau, Devilleneuve, Massé et Dutruc. N° 922. — Sourdat. T. 2. N° 1177. — Bédarride. N° 150. — Dalloz. N° 1183. — Mathieu et Bourguignat. N° 81. — Alauzet. N° 640. — Boistel. P. 173. — Griolet sous Paris, 28 mai 1869. D. 69. 2. 145. — Bourguignat sous Cass., 8 mars 1876. S. 76. 1. 409. — Lyon-Caen et Renault. N° 418, p. 214. — Rivière N° 17. — Buchère. De l'application des dispositions de la loi du 24 juillet 1867 à l'augmentation du capital social des Sociétés anonymes (Journ. des Soc. Civ. et Comm. 1883. P. 47). — Contra : Vavasseur. N° 376. — Pont. N° 876. — Grenoble, 18 déc. 1871. D. 72. 2. 37.

Les formalités et conditions prévues pour la constitution de la Société sont applicables à toute augmentation du capital social (art. 32 du nouveau projet de Loi sur les Sociétés).

TROISIÈME PARTIE

Nullité de la Société

La nullité de la Société est la sanction que la loi impose à l'inobservation des règles prescrites pour la constitution des Sociétés. Le législateur n'a pas innové en écrivant les art. 7 et 41 de la loi du 24 juillet 1867 : déjà, sous la loi de 1856 sur les Sociétés en commandite par actions, toute Société constituée contrairement à l'une des prescriptions légales, était déclarée par l'art. 6, nulle et de nul effet à l'égard des intéressés, sans que, d'ailleurs, la nullité pût être opposée aux tiers par les associés. L'art. 24 de la loi du 23 mars 1863 avait reproduit cette disposition pour les Sociétés à responsabilité limitée. La loi de 1867 n'est pas moins sévère que ses devancières, et elle établit en ces termes un certain nombre de cas de nullité :

Art. 7. — Est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute Société en commandite par actions constituée contrairement aux articles 1, 2, 3, 4 et 5 de la présente loi. — Cette nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés.

Art. 41. — Est nulle et de nul effet à l'égar des intéressés toute Société anonyme pour laquelle n'ont pas été observées les dispositions des art. 22, 23, 24 et 25 ci-dessus.

La Société est donc nulle :

1° Si les actions ou coupons d'actions sont de moins de 100 francs, lorsque le capital n'est pas supérieur à 200.000 francs et de 500 francs lorsqu'il dépasse ce chiffre (art. 1 et 24) ;

2° Si la Société a été considérée comme constituée par ses fondateurs et présentée par eux comme telle, avant la souscription de la totalité du capital social et le versement du quart, qui doivent être constatés par une déclaration devant notaire, soit du gérant, soit des fondateurs (art. 1, 24) ;

3° Si les statuts constitutifs ont stipulé que les actions ou coupons d'actions seront négociables avant la souscription intégrale et le versement du quart ;

4° Si les statuts ont autorisé la mise en circulation d'actions au porteur avant que ces actions ne soient libérées de moitié, ou bien ont décidé que l'assemblée générale n'aurait pas à intervenir pour apprécier l'opportunité de la conversion (1).

(1) La négociation des actions et la mise au porteur se rattachent indirectement à la Constitution des Sociétés par actions, en ce sens que l'infraction aux articles 2 et 3 de la Loi de 1867 *commise dans les statuts* vicie cette constitution et permet de faire prononcer la nullité de la Société. Si les statuts autorisent la négociation des titres avant le versement du quart ou la mise au porteur avant le versement de moitié, il n'y a pas de doute,

5° Si les apports en nature ou les avantages particuliers n'ont pas été soumis à la vérification et à l'appréciation de l'assemblée générale (art. 2, 24).

6° Si un Conseil de surveillance, lorsqu'il s'agit d'une Société en commandite par actions, les premiers administrateurs et les commissaires de surveillance, lorsqu'il s'agit d'une Société anonyme, n'ont pas été nommés immédiatement après la constitution de la Société (art. 5 et 25);

7° Si la Société anonyme s'est constituée avec un nombre d'associés inférieur à sept (art. 23);

8° Si les formalités de la publication n'ont pas été remplies (art. 56).

Tels sont les vices inhérents à la constitution de la Société qui sont de nature à en faire prononcer la nullité.

Mais la constitution de la Société peut être viciée aussi par une nullité de droit commun par exemple si le consentement de l'une des parties n'a pas été valablement donné, si la Société a une cause illicite (art. 1108 C.C.)

la Société est nulle. Des auteurs prétendent même que l'insertion dans les statuts d'une clause libérant le souscripteur qui a cédé son action immédiatement dès le jour de la cession et sans attendre l'expiration des deux ans,produit le même effet.(Rivière. N° 65. — Contrat : M. Pont qui prétend que la disposition de l'art. 3 al. 2 n'a rien de constitutif. N° 1235). Quoi qu'il en soit de ce point particulier, une Société par actions peut être frappée de nullité, disent MM. Lyon-Caen et Renault, « si les *statuts* portent que les titres seront négociables avant le versement du quart ou pourront être au porteur avant le versement de moitié » (N° 434) et ils ajoutent : « Il ne suffirait pas qu'*en fait*, des titres au porteur eussent été émis avant la libération des actions ou que des actions eussent été négociées avant le versement du quart; on ne pourrait pas dire en pareil cas, qu'il y a une Société *constituée* contrairement aux articles 2 et 3 (P. 226. Note 3

I. Caractère de la nullité prononcée par les art. 7 et 41

La Loi déclare la Société irrégulièrement constituée, nulle et de nul effet.

Pourquoi cette sanction sévère imposée à l'inobservation des règles prescrites dans les art. 1, 2, 3, 4, 5, 22, 23, 25? C'est qu'elles ont été écrites dans un intérêt d'ordre public; le législateur n'a pas eu en vue seulement l'intérêt des tiers et l'intérêt des associés, mais encore l'intérêt général : le crédit public se ressent toujours des secousses plus ou moins fortes imprimées au marché par l'avènement de graves modifications dans l'état des grandes Sociétés commerciales.

La nullité étant absolue et d'ordre public, il s'en suit immédiatement qu'elle n'est pas susceptible d'être couverte par l'exécution volontaire des différentes clauses insérées dans les statuts sociaux, qu'elle n'est pas non plus susceptible de ratification, même par une délibération de l'Assemblée générale, qu'une transaction intervenue entre les parties intéressées au sujet de cette nullité devrait être considérée comme non avenue, qu'en principe les tribunaux, perdant en pareille matière tout pouvoir d'appréciation, ne pourraient se refuser à la prononcer s'il était démontré qu'elle existe; enfin que la nullité

prononcée à l'égard de l'une des parties existe à l'égard de toutes les autres (1).

Ceci implique que la nullité n'a pas lieu de plein droit : il faut qu'elle soit constatée et déclarée par les tribunaux. Jusque-là, la Société est censée régulière et elle peut fonctionner tant que la nullité n'est pas demandée, jusqu'à ce qu'il intervienne une cause normale de dissolution. « Cela vient, dit M. Pont, de ce que la nullité, bien qu'elle tienne à l'ordre public, est cependant un moyen que la loi a voulu mettre à la disposition des parties intéressées » (2). Donc lorsque la Société est nulle, si les parties intéressées restent dans l'inaction et gardent le silence, la Société peut fonctionner, faire toutes opérations conformes à son but, mais si l'action en nullité est mise en mouvement, elle doit nécessairement aboutir à une déclaration conforme à la demande, lorsque l'absence d'une des conditions constitutives des Sociétés est réellement constatée. Lorsque plusieurs personnes forment une Société par actions et qu'au cours de cette Société elles s'apercoivent qu'elles ne l'ont pas régulièrement établie, elles devront s'entendre pour procéder à la dissolution et à la reconstitution sur de nouvelles bases : c'est le seul moyen qu'elles aient d'éviter pour l'avenir la nullité et ses conséquences.

(1) Pont. N° 1242.
(2) Pont. N° 1237.

Dans quel délai cette nullité doit-elle être opposée ?

Dans un premier système, on prétend que l'on doit appliquer l'art. 1304, d'après lequel l'action en nullité et en rescision d'une convention se prescrit par dix ans, lorsqu'elle n'est pas limitée à un moindre temps par une loi spéciale. « La loi, dit M. Vavasseur, aurait pu mitiger sa sévérité en abrégeant la durée de l'action en nullité. Un délai de deux ans eût été bien suffisant pour tous les intéressés ; mais en l'absence de dérogation au droit commun, elle ne se prescrira que dix ans après la nullité commise, en sorte qu'elle pourra être intentée pendant toute la durée d'un grand nombre de Sociétés ; il n'y a que celles dont la durée sera de plus de dix ans qui auront le privilège de respirer enfin en toute sécurité après ce temps écoulé » (1). Nous repoussons ce système parce que la prescription de l'art. 1304 repose sur une présomption de ratification par suite de l'exécution volontaire de la convention ; or les nullités qui sont d'ordre public, comme celles que nous examinons, ne sont pas susceptibles de confirmation.

Un deuxième système se prévaut de l'art. 2262 du Code Civil pour soutenir que la prescription en notre matière est la prescription de trente ans : « Toutes les actions tant réelles que

(1) Vavasseur. N° 710.

personnelles sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre, ou même qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi. » Cet article dit « toutes les actions » aucune exception n'est possible en présence de termes aussi généraux. Celui qui après trente ans n'a pas mis en mouvement l'action en nullité dont il dispose, est censé avoir renoncé à s'en prévaloir. On peut objecter qu'il s'agit ici d'une nullité qui est d'ordre public et qu'il ne peut être question de renonciation ; mais si ce motif est suffisant pour faire rejeter la prescription décennale de l'art 1304, il perd toute sa force lorsqu'il s'agit de la prescription trentenaire, parce qu'elle est elle-même d'ordre public. L'action en nullité est encore possible et recevable après la dissolution de la Société : serait-il raisonnable d'admettre que l'action en nullité pourrait encore être intentée cinquante ou soixante ans après la dissolution ? La raison d'utilité publique sur laquelle est basée la prescription, existe aussi bien en matière de Sociétés commerciales qu'en toute autre matière, la sécurité des tiers et des associés eux-mêmes mérite d'être prise en considération ici comme ailleurs, et la prescription trentenaire doit être envisagée comme étant à ce point de vue leur plus solide garantie (1).

(1) Bédarride. N° 159 et 163. — Rivière. N° 74.

D'après un troisième système, l'action en nullité est imprescriptible. Comprendrait-on la confirmation, la ratification d'un acte qui est légalement inexistant? C'est bien le fait cependant de l'acte de Société entaché de nullité : nous avons vu que la nullité dont nous nous occupons était absolue et d'ordre public, par conséquent insusceptible d'être couverte.

Qu'est-ce que la prescription ? C'est un moyen d'acquérir ou de se libérer (art. 2210 C. C.) ; mais la prescription ne saurait avoir pour effet de créer une Société entre plusieurs personnes qui, en droit, ne sont unies par aucun lien juridique, leur convention étant atteinte d'un vice radical et originel (1).

Mais remarquons avec M. Pont que c'est la nullité seulement qui est imprescriptible (2) ; est au contraire prescriptible, l'action résultant d'engagements pris par la Société au cours de son existence de fait, malgré la nullité dont elle est affectée. Le créancier qui laisserait éteindre son action, serait sans intérêt à provoquer la nullité. Serait également prescriptible par trente ans, l'action en répétition des versements opérés sans cause, la Société étant nulle.

Le projet de loi voté par le Sénat apporte une réelle amélioration au système de la loi

(1) Lyon-Caen et Renault. N° 435 — Pont. N° 1239. — Alauzet. N° 472. — Ameline. Rev. Prat. t. XXIV, p. 375-376. — Dolez. Soc. en comm. par intérêt et par actions, p. 335-336. — Dalloz. Rep. V° Soc. N° 1263.

(2) Pont. N° 1239.

actuelle, en limitant à une durée de trois années après le jour où la nullité a été encourue, le temps pendant lequel l'action en nullité de la Société et l'action en responsabilité seront recevables, lorsqu'avant l'introduction de la demande, la cause de nullité a cessé d'exister (1).

Nous avons dit que la nullité de la Société pourrait être demandée après la dissolution soit amiable soit forcée de la Société. En effet, comme l'a jugé la Cour de Cassation par un arrêt du 3 juin 1862 (2), il est inexact de dire que la dissolution fait disparaître tout intérêt à faire déclarer nulle la Société, parce « que les conséquences juridiques de l'annulation sont autres que les conséquences de la dissolution, et que l'on ne peut pas considérer comme dénuée d'intérêt la demande qui tend à faire remonter l'annulation jusqu'à l'époque de la formation de la Société. » La jurisprudence est absolument fixée sur ce point (3).

La nullité fait naître des responsabilités qui ne peuvent évidemment pas exister en cas de simple dissolution. Et cette solution est applicable alors même qu'il y aurait eu liquidation; la liquidation n'étant que l'application des conven-

(1) La Loi belge admet que la nullité peut être couverte après cinq ans lorsque le contrat a reçu son exécution (art. 127). Cette disposition sert à la fois l'intérêt des associés et l'intérêt des créanciers.

(2) Cass., 3 juin 1862. S. 63. 1. 189.

(3) Lyon, 9 févr. 1883. D. 83. 2. 113. — Paris, 23 avril 1884. D. 84. 2. 206.

tions sociales, ne peut avoir plus de valeur que ces conventions elles-mêmes. Toutefois la jurisprudence repousse la demande en nullité pour défaut d'intérêt légal de la part des créanciers sociaux, lorsque la Société dissoute est à même de les désintéresser tous, son actif étant supérieur à son passif (1). La nullité ne produirait, au profit du demandeur aucun avantage distinct de ceux qui résultent de la liquidation après dissolution.

Lorsque la Société est dissoute par l'expiration du terme et qu'il a été procédé à la liquidation et au partage entre les associés, il n'est pas possible de la faire revivre pour en faire prononcer la nullité (2). Il est rationnel que la nullité soit ainsi couverte par l'exécution complète et naturelle du contrat : dans ce dernier cas, la dissolution de la Société n'a pas été prononcée pour échapper aux conséquences de la nullité qui pouvait être demandée par les tiers, ceux-ci ne sont plus des « intéressés » dans le sens de la loi.

II. Par qui et contre qui la nullité peut-elle être demandée ?

L'art. 7 de la loi du 24 juillet 1867 déclare nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute Société en commandite par actions constituée aux prescriptions des art. 1, 2, 3, 4 et 5.

(1) Cass., 7 juillet 1873. S. 73. 1. 388.
(2) Cass., Req. 27 mai 1861. D. 61. 1. 330.

L'art. 41 vient le confirmer en ce qui concerne les sociétés anonymes.

La nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés ; ce qui fait dire avec assez de raison à M. Vavasseur, que la nullité est tout à la fois relative et absolue : relative en ce qu'elle n'est pas opposable aux tiers, mais absolue à l'égard des parties elles-mêmes, qui peuvent réciproquement l'invoquer ou se l'opposer (1).

L'art. 41 ne dit pas, il est vrai, que la nullité de la Société anonyme n'est pas opposable aux tiers par les associés: mais nous croyons que, malgré ce silence, il n'y a pas à faire de distinction entre la Société en commandite et la Société anonyme « Ubi eadem ratio, eadem lex » (2). Toutes les lois antérieures, y compris le Code de Commerce (art. 42) comprenaient cette règle répétée par l'art. 7 de la loi de 1867 elle-même. Il faut voir là un oubli du législateur, à peine d'y trouver une inconséquence.

Aux termes de l'art. 7, la nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés. La loi considère que les irrégularités commises au temps de la constitution, sont jusqu'à un certain point imputables aux associés. Les souscripteurs sont mis à même par la loi, de vérifier par eux-mêmes ou par mandataires, si toutes les

(1) Vavasseur. N° 706.
(2) Paris, 5 févr. 1872, S. 78. 2. 75.

formalités qu'elle impose ont été bien et dûment remplies, puisqu'ils doivent vérifier dans une assemblée générale, la sincérité de la déclaration des fondateurs sur la souscription et les versements (art. 24, art. 5, al. 2, art. 6). Si la vérification n'a pas amené la découverte des infractions aux dispositions de la loi, c'est qu'elle n'a pas été assez minutieusement faite : les souscripteurs doivent supporter les conséquences de leur faute ou de leur imprudente négligence dans le choix de ceux qu'ils ont chargés de la vérification. Il est juste qu'ils ne puissent se prévaloir à l'encontre des tiers qui ont fait confiance à la Société, du vice de constitution qu'ils auraient dû découvrir et signaler avant le commencement des opérations sociales.

Quels sont les tiers que la loi a en vue ? — D'une manière générale, ce sont ceux qui n'ont pas participé à la convention : notamment les créanciers de la Société et les créanciers personnels des associés. Il n'y a pas lieu de rechercher lorsqu'il s'agit de l'application de la disposition de l'art. 7, comme le fait M. Bravard, si la cause de nullité est de telle nature qu'elle ait dû être connue des actionnaires, auquel cas ils ne pourraient se prévaloir de la nullité de la Société dans laquelle ils n'auraient pas dû entrer, sous prétexte que, alors seulement, les associés ont commis une faute. M. Bravard applique cette distinction au cas où le gérant aurait faussement déclaré que le capital était souscrit en totalité ;

les associés pourraient d'après cet auteur, lorsque la faillite de la société aurait été déclarée, opposer la nullité de la société aux tiers qui leur réclameraient le complément de leurs mises.

Le texte ne se prête pas à cette interprétation qui ne saurait être admise. Il est juste que la nullité ne soit en aucun cas opposable aux tiers par les associés, puisque les associés ont participé au contrat ou au moins y ont adhéré. Il y a de la part des associés une certaine négligence qu'on peut leur reprocher, ils auraient dû connaître la nullité, et il leur appartenait de la prévenir ; la nullité en somme est leur fait (1). Les tiers au contraire sont restés absolument étrangers à la formation de la Société : si les prescriptions de la loi ont été transgressées, ils n'en peuvent mais ! Ils ne pouvaient suppléer à l'incapacité ni au mauvais vouloir des gérants qui ignoraient la loi, ou qui ont refusé de l'observer. Aucune faute ne leur est imputable, pourquoi souffriraient-ils d'un fait qu'ils n'ont pas commis ? A leur égard la loi a raison de tenir la société pour régulière et légalement constituée. On opposerait donc vainement aux tiers la maxime «Nemo debet ignorare conditionem ejus cum quo contrahit », car la loi présume qu'au moment où ils ont contracté, il leur a été impossible de s'assurer de l'existence légale de la société (2).

La nullité est donc inopposable aux tiers

(1) Mathieu et Bourguignat. § 69.
(2) Bravard et Demangeat. Droit Commercial, p. 301.

par les associés : Il s'en suit que les tiers pourraient poursuivre la mise en faillite de la Société sans que les associés puissent excepter de la nullité (1) ; de même les créanciers sociaux sont en droit de forcer les associés à verser intégralement leur mise (2) ; les associés ne pourraient non plus invoquer la nullité pour faire tomber l'aliénation des biens qui ont fait partie de leurs apports, ni les droits réels qui auraient pu être constitués sur ces biens considérés comme faisant partie de l'actif social.

Il n'y aurait pas lieu de se demander si les tiers ont été de bonne ou de mauvaise foi, c'est-à-dire de rechercher s'ils ont connu ou s'ils n'ont pas connu la cause de nullité et s'ils ont pu prendre connaissance de l'acte de Société ou s'ils l'ont ignoré. Le texte ne permet pas cette distinction. On ne pourrait induire de leur connaissance des irrégularités commises à l'origine de la Société, une renonciation implicite à se prévaloir de la nullité. Ils ont droit au paiement de leur créance : si les associés pouvaient opposer la nullité de ce chef, ce serait pour eux-mêmes un moyen de s'enrichir aux dépens d'autrui ; le liquidateur de la Société, au cas d'annulation de celle-ci, ne pourrait opposer la nullité aux tiers en prétendant qu'ils n'ont pu se méprendre sur la validité de la

(1) Paris, 5 février 1872. S. 73. 2. 75.
(2) Req., 24 juin 1861. D. 61. 1. 435.

Société (1). Cette solution est encore plus certaine dans le cas où la nullité résulte du défaut de publicité, la loi présumant d'une façon absolue que l'acte de Société n'a pas été connu des personnes intéressées (2). Nous croyons que la solution inverse devrait être adoptée si les tiers s'étaient rendus complices des fautes commises en participant aux actes qui ont préparé la constitution (3).

Quelles sont les personnes qui sont comprises par la loi sous ce terme « intéressés » ?

Il ne suffit pas, comme le remarquent MM. Lyon Caen et Renault (4), d'avoir un intérêt quelconque à faire prononcer la nullité pour s'en prévaloir, il faut avoir un intérêt juridique, résultant de l'existence de la Société, résultant par exemple d'un contrat passé avec la Société ou avec l'un des associés, de telle façon que celui qui intente l'action fasse valoir un droit qui lui appartient.

Sont personnes intéressées dans le sens de l'art. 7 et de l'art. 41 :

1° Les créanciers sociaux.

2° Les associés.

3° Les créanciers personnels des associés.

1° *Les créanciers sociaux.* — On peut se demander comment il se fait que les créanciers de la Société aient intérêt à demander la nullité

(1) Cass., 25 févr. 1885. D. 85. 1. 404.

(2) Rennes, 6 mars 1869. D. 70. 2. 224.

(3) Angers, 13 janv. 1869. D. 69. 2. 90. — Paris, 11 juillet 1874. D. 74. 2. 142. — Bédarride. N° 167.

(4) Lyon-Caen et Renault. N° 435.

de la Société. Quel avantage pourront-ils retirer de l'annulation? S'ils l'obtiennent, il semble que leur situation, loin d'être améliorée, en souffrira, puisqu'ils ont le droit d'exclure les créanciers personnels des associés sur le fonds social tant qu'il existe comme tel, et que ce privilège, ils vont le perdre par l'effet du jugement qui prononcera l'annulation. Or, c'est dans l'intention de le leur conserver que la loi défend aux associés d'opposer la nullité aux tiers.

Il est certain qu'en règle générale, les créanciers auront plus à perdre qu'à gagner en provoquant la nullité et qu'ils auront plus d'intérêt à faire déclarer la Société en faillite, si elle a cessé ses paiements, parce que s'ils invoquent la nullité ils ne pourront plus opposer à la Société les actes accomplis par son gérant (1), ils perdent leur droit de préférence sur l'actif social (2), ils ne peuvent plus poursuivre les actionnaires en complément de leur mise (3). Mais en fait il y a plusieurs hypothèses où la nullité leur sera profitable et leur sera plus utile que la mise en faillite. S'ils ont intérêt, par suite d'une circonstance quelconque, à demander la nullité, il est certain qu'ils peuvent l'invoquer (4).

(1) Cass., 13 mars 1854. D. 54. 1. 130.
(2) Paris, 14 juillet 1867.
(3) Paris, 16 janvier 1862. D. 62. 2. 184.
(4) Cour de l'île de la Réunion, 16 juin 1876. D. 78. 2. 201.

Par exemple, les créanciers sociaux prévoient que l'actif social sera insuffisant pour les désintéresser : à cause de la responsabilité qui peut être prononcée à l'encontre du gérant, du Conseil de surveillance, des fondateurs ou des administrateurs, il peut leur importer beaucoup d'obtenir la nullité ; ou bien, ils sont tenus envers la Société en vertu d'un contrat synallagmatique qu'ils désirent ne pas maintenir : si la Société est annulée, le contrat tombe. Une troisième hypothèse peut encore se présenter : plusieurs créanciers sociaux se trouvent en présence les uns des autres ; l'un d'eux à une hypothèque sur les immeubles de la Société, les autres en faisant prononcer la nullité feront tomber l'hypothèque, pour venir tous en concours et au marc le franc sur le prix de l'immeuble.

Les créanciers peuvent ainsi agir sans qu'on ait à considérer la question de savoir s'ils ont eu ou n'ont pas eu connaissance au moment du contrat du vice qui entachait la constitution de la Société (1).

2° *Les associés.* — Les associés peuvent demander la nullité, bien que la loi les considère comme étant en faute lorsque la Société est annulée comme irrégulièrement constituée.

On objecte que si on examine la question en fait, on remarque que les associés ne prenant qu'une

(1) Les débiteurs de la Société ne sont pas intéressés à demander la nullité, car l'annulation n'aurait pas pour effet de les libérer de leur dette.

très faible part ou même aucune part à la constitution de la Société, l'irrégularité leur est rarement imputable. On dit que les associés ne devraient pas avoir le droit de se prévaloir les uns contre les autres d'une faute commune à tous. Mais on peut répondre immédiatement que si la faute est commune à tous, l'injustice n'est pas si grande, puisque tous auront le même moyen de nullité à leur disposition.

On a dit encore que dans le cas où la nullité a pour cause le défaut de publicité, les associés ne pourraient pas l'invoquer, les différentes mesures de publicité n'ayant pas été établies dans l'intérêt des associés mais dans l'intérêt des tiers.

La vraie raison à opposer à ces objections, c'est qu'il s'agit d'une nullité d'ordre public, d'une nullité qui n'existe pas seulement au profit des tiers, mais aussi des associés et même instituée dans un intérêt général.

Lorsque la nullité aura été obtenue par un associé, les tiers ne pourront en souffrir puisqu'elle ne leur est pas opposable ; elle n'aura d'effet que d'associé à associé. Ainsi limitée quant aux parties, les conséquences de la nullité seront plus utiles que nuisibles : car il est impossible que la Société reste sous le coup d'une menace perpétuelle et toujours imminente, sans que les associés qui préféreraient une situation plus nette, aient le pouvoir de provoquer la mesure qui fera cesser l'état d'incertitude dans lequel ils se trouvent. « La nullité

de la Société, dit M. Boistel, peut être invoquée par les associés quoique les créanciers sociaux ne la demandent pas, quoiqu'ils veuillent même s'y opposer, par exemple, parce qu'ils prétendraient qu'en poursuivant l'exploitation du commerce social on améliorerait considérablement la situation : les créanciers sociaux ne pourraient invoquer la fin des art. 7 et 56, al. 3 de la loi de 1867 qui interdisent aux associés d'opposer la nullité aux tiers; en effet, ce n'est pas leur opposer la nullité que de demander la nullité pour l'avenir » (1).

La loi ne veut, en effet, qu'une seule chose, sauvegarder les droits acquis aux tiers ; or, la nullité ne lèse aucun droit acquis: elle ne peut leur causer un préjudice plus grand qu'une dissolution pure et simple.

Outre cet intérêt les associés ont un autre intérêt plus immédiat à demander la nullité. Si la nullité est prononcée, ils sont par le fait même libérés vis-à-vis de leurs co-associés des versements ultérieurs qu'ils devaient effectuer sur leurs actions ; ils en restent tenus seulement vis-à-vis des tiers, lorsque les engagements de la Société envers ces derniers, sont supérieurs ou même égaux au capital annoncé qui devait être formé par le versement total du prix de ces actions (2).

Pour pouvoir former une demande en nullité de la société, il faut toutefois avoir réellement

(1) Boistel, p. 243.
(2) Lyon, 9 février 1883. D. 83. 2. 113.

la qualité d'actionnaire, et c'est avec raison que la jurisprudence a refusé de reconnaître cette faculté à des acheteurs d'actions nominatives d'une société anonyme qui ne figuraient ni sur les listes des souscripteurs originaires, ni sur les registres de transfert de la société comme titulaires actuels de ces actions. Au contraire, la production d'un titre d'action au porteur établissant une présomption de propriété en vertu de l'art. 2279, donnerait le droit au porteur de poursuivre la nullité en qualité d'associé (1).

Le gérant aurait-il le droit de demander la nullité de la société ? La jurisprudence admet qu'il peut demander la nullité, soit contre les commanditaires, soit contre son co-gérant « sauf à subir les conséquences des actes auxquels il aurait participé et à raison desquels il serait personnellement responsable » La participation du gérant à l'acte de société et aux actes qui l'ont suivi, ne constitue pas une fin de non recevoir opposable à son action (2).

3° *Les créanciers personnels des associés.* — Ils peuvent d'abord opposer la nullité aux associés. Leur intérêt est évident dans le cas où ils voudraient saisir un bien appartenant exclusivement à leur débiteur, et où les associés, prétendant qu'il est compris dans le fonds social,

(1) Paris, 23 avril 1884. D. 84. 2. 206.

(2) Cass., 3 juin 1862. S. 63. 1. 189. — Cass., 22 nov. 1869. D. 70. 1. 23. S. 70. 1. 55.

intenteraient une demande en distraction dans le but d'empêcher les créanciers personnels des associés d'exercer sur ce bien leur droit de gage (1).

Mais ils peuvent provoquer la nullité même lorsqu'ils se trouvent en présence des créanciers sociaux. Leur intérêt ne peut être mis en doute : s'ils arrivent à leurs fins, ils ne seront plus exclus par les créanciers sociaux sur les biens de la Société, tous les créanciers sans distinction viendront en concours. La Société n'existant plus, il ne peut plus être question du privilège des créanciers sociaux sur le patrimoine de la Société être moral, il n'y a plus qu'une simple communauté de fait, dont l'actif se confond avec les autres biens des associés et devient le gage commun des créanciers de ceux-ci, sans que les créanciers sociaux puissent réclamer sur cet actif un droit de préférence au préjudice des créanciers personnels des associés (2).

L'actif des créanciers personnels sera augmenté d'autant.

Certains auteurs repoussent cette opinion comme trop générale et prétendent que les créanciers personnels ne peuvent opposer la nullité aux créanciers sociaux. La seule action qu'ils auraient à leur disposition serait l'action

(1) Lyon-Caen et Renault. N° 311.

(2) L'art. 42 du nouveau projet de Loi sur les Sociétés établit au contraire un droit de préférence au profit des créanciers sociaux vis à vis des créanciers personnels des associés, sur tout l'actif social qui pourra être réalisé. — Pont. N° 1250.

oblique de l'art. 1166, parce qu'ils ne peuvent avoir plus de droits que leurs débiteurs, dont ils exercent les droits et actions. Agissant par l'action oblique, ils seraient exposés à se voir opposer toutes les exceptions qui sont opposables à leurs débiteurs, par conséquent l'exception tirée de l'art. 7 in fine. Lorsqu'il s'agit de la nullité pour défaut de publicité, on ajoute un autre argument. On dit que la publicité n'a pas été instituée dans l'intérêt des créanciers personnels des associés, car l'art. 43 du Code de Commerce n'exige pas que le montant du capital social soit indiqué dans l'extrait publié de l'acte social. Si la publicité avait lieu dans l'intérêt des créanciers personnels, la loi n'aurait pas manqué de les prévenir par voie de publicité, que telle valeur sortait de leur gage pour entrer dans le gage des créanciers sociaux.

La jurisprudence reconnaît aux créanciers personnels des associés une action directe et personnelle pour demander la nullité de la Société, même à l'encontre des créanciers sociaux. On peut invoquer en ce sens la généralité des termes de l'art. 7 et de l'art. 56 (pour la nullité résultant du défaut de publicité), qui admettent l'action en nullité au profit de tous les *intéressés*, sans faire aucune espèce de distinction, et qui ne les comprennent pas dans l'exception qu'ils établissent ; cette exception ne concerne que les associés.

Le législateur voit avec défaveur toute Société

constituée contrairement à ses prescriptions : il importe au bien général qu'elle ne continue pas ses opérations sous des apparences trompeuses de régularité, et il met entre les mains de toute personne intéressée l'arme de la nullité, pour rétablir les choses en leur véritable état. Dans la discussion de la loi, il a été déclaré que pour interpréter l'art. 7, on devait se référer aux décisions de la jurisprudence sur l'art. 42 du Code de Commerce ; or, la jurisprudence, antérieurement à la loi de 1867, n'a jamais fait de distinction sur ce point. Quant à l'argument tiré de l'art. 43 du Code de Commerce, il est condamné par l'art. 43 lui-même. Que signifie, en effet, le paragraphe 4. « L'extrait doit contenir..... le montant des valeurs fournies ou à fournir par actions ou en commandite. »

En conséquence : 1° les créanciers personnels des associés qui invoquent la nullité, peuvent s'opposer à ce que la Société soit déclarée en faillite sur la demande des créanciers sociaux, qui invoqueraient l'existence de fait de la Société (1) ; 2° les créanciers personnels auraient le droit de venir en concours, et au marc le franc, avec les créanciers sociaux, pour la répartition de la part qui revient à leur débiteur dans l'actif social (2) ; 3° la femme d'un associé a le droit de faire prononcer la nullité

(1) Cass., 24 août 1863. S. 63. 1. 486. — Poitiers, 27 mars 1874. D. 76. 2. 15.

(2) Rennes, 6 mars 1867. S. 69. 2. 254.

pour exercer son hypothèque légale sur les immeubles sociaux; de même pour le mineur qui aurait comme tuteur un associé. Il pourrait faire prononcer la nullité de la Société avec l'assistance d'un tuteur ad hoc, pour exercer son hypothèque générale sur les biens de la Société.

Aucun doute ne pourrait subsister, et les créanciers personnels des associés auraient certainement une action directe, s'ils se plaçaient sur le terrain de l'art. 1167 du Code Civil : ils pourraient en leur nom personnel et à l'encontre des tiers combattre la validité de la Société, en soutenant qu'elle a été contractée en fraude de leurs droits. Mais ils seraient tenus de prouver le préjudice qu'ils ont subi, la fraude de leur débiteur, et la participation à cette fraude de ceux contre lesquels l'action doit réfléchir, lorsque ces derniers auront passé avec la Société des actes à titre onéreux (1).

Les seuls créanciers personnels admis à se prévaloir de la nullité et à concourir sur l'actif social sont ceux dont la créance avait date certaine antérieurement à la dissolution de la Société irrégulière (2). Il est évident que les créanciers dont la créance n'a pas date certaine ne peuvent être considérés comme intéressés, car l'existence de la Société n'a pu leur causer préjudice. On a prétendu même que les créanciers personnels des associés n'avaient la qualité

(1) Bédarride. N° 166.
(2) Cass., 7 mars 1849. S. 49. 1. 397.

d'intéressés, que dans le cas où leur créance existait déjà à l'époque où la Société a été constituée. Mais les créanciers des associés postérieurs à la constitution de la Société peuvent être lésés tout comme les autres par l'existence de la Société qui modifie le patrimoine de leur débiteur, c'est-à-dire le gage affecté à leur créance.

Le syndic de la Société tombée en faillite a qualité pour arguer la Société de nullité comme représentant de la masse, c'est-à-dire comme représentant à la fois les créanciers et les actionnaires ; le représentant doit avoir les mêmes droits que les représentés. Il a même été jugé qu'il a seul qualité pour exercer l'action en nullité à l'exclusion des actionnaires, parce que c'est une action sociale (1).

III. Conséquences de la nullité déclarée

La loi déclare la Société irrégulièrement constituée « nulle et de nul effet », c'est-à-dire qu'elle la considère comme inexistante. « La Société n'a jamais eu d'existence légale, elle était morte avant de naître (2) ».

Si l'on appliquait les principes généraux on devrait dire que les effets de la nullité sont rétroactifs, qu'ils ne se produisent pas seulement

(1) Cass., 25 février 1879. S. 81. 1. 461. — Cass., 27 janv. 1873. S. 73. 1. 163. — Cass., 11 nov. 1885. D. 88. 1. 59.

(2) Bédarride. N° 156.

à partir du jour où la nullité a été prononcée, mais qu'ils remontent à l'origine même de la Société. Par suite : les associés seraient déliés de tout engagement pour l'avenir comme pour le passé, non-seulement ils ne seraient plus tenus d'effectuer les versements qu'ils avaient promis par leur souscription, mais ils seraient en droit de répéter les apports dont ils se sont déjà dessaisis ; les frais faits pour la constitution de la Société comme les pertes subies depuis le commencement des opérations sociales resteraient à la charge des fondateurs ou du gérant qui devraient, seuls, supporter les conséquences de la nullité qui leur est imputable ; la Société qui serait censée n'avoir jamais existé, n'aurait pu avoir un patrimoine distinct et séparé de celui des associés et ce patrimoine serait resté insusceptible de servir de gage exclusif aux créanciers qui auraient cru contracter avec elle en tant que personne civile. Telles seraient les conséquences des principes.

Mais nous savons déjà que la loi elle-même y a apporté une importante restriction en défendant aux associés d'opposer la nullité aux tiers, c'est-à-dire aux créanciers de la Société et nous verrons qu'en fait, même lorsque les tiers ne sont pas en cause, l'acte de Société bien que nul doit parfois être pris en considération.

Dans l'étude des effets de la nullité, nous examinerons successivement quatre hypothèses :

1° Effets de la nullité dans les rapports des associés entre eux ;

2° Effets de la nullité dans les rapports des associés avec les créanciers sociaux ;

3° Effets de la nullité dans les rapports des associés avec leurs créanciers personnels ;

4° Effets de la nullité dans les rapports des créanciers sociaux avec les créanciers personnels des associés.

1° *Effets de la nullité dans les rapports des associés entre eux :*

A. La Société est annulée sur la demande de l'un des associés, alors qu'elle n'a encore fait aucune opération sociale.

Ici point de difficulté, le principe de la nullité s'applique de la façon la plus large. La Société est nulle et non avenue. Il est vrai de dire ici que la Société était morte avant de naître. Chaque associé a donc le droit en principe de refuser le versement de sa mise et s'il l'a déjà versée d'en exiger le remboursement intégral.

Nous supposons bien entendu que les créanciers ne demandent pas la nullité de la Société et ne peuvent plus la demander parce qu'ils n'y ont plus intérêt, c'est-à-dire parce qu'ils ont été payés, et que les créanciers personnels des associés n'interviennent pas, parce qu'ils se trouvent en présence de débiteurs solvables.

Vis-à-vis des gérants, des fondateurs et des administrateurs, le droit des associés est entier et général ; les gérants, fondateurs et administrateurs étant en faute, pour n'avoir pas rempli les formalités légales, les associés pourront, en leur opposant la nullité, refuser de se conformer au pacte social, quant aux obligations qu'il leur impose, refuser d'opérer le versement de leur mise sociale, réclamer le remboursement des apports qu'ils ont déjà effectués et même réclamer des dommages-intérêts pour le préjudice que peut leur causer la nullité de la Société.

Vis-à-vis de leurs coassociés qui n'ont commis aucune faute, l'effet de la nullité sera de permettre aux associés de se retirer de la Société en reprenant leurs apports.

« C'est la solution nécessaire comme rentrant seule exactement dans la pensée de la loi, dit M. Pont, et dans leurs rapports entre eux les associés ne sauraient s'en plaindre ; d'une part le demandeur a usé de son droit, puisqu'il est compris dans les intéressés auxquels il appartient d'invoquer la nullité ; et d'une autre part, les défendeurs à la demande en nullité ne sont pas les tiers auxquels le défaut d'aucune des formalités requises ne peut être opposé » (1).

B. La Société régulièrement constituée en apparence a fonctionné pendant un certain temps, elle a acquis des créances ou contracté des

(1) Pont. N° 1262.

obligations, réalisé des profits ou subi des pertes. La nullité est provoquée par l'un des associés, parce qu'une des conditions essentielles à la constitution des Sociétés n'a pas été accomplie.

La jurisprudence et la plupart des auteurs sont d'accord pour décider que la nullité n'a lieu que pour l'avenir et que, quant au passé, la Société ayant eu une existence de fait, ne doit pas être considérée comme dénuée de tout effet. L'effet de la nullité n'est plus radical et absolu: les bénéfices et les pertes qui sont venus modifier le fonds social donnent lieu à liquidation et à partage (1). Vainement les associés soutiendraient que l'existence de la Société était subordonnée à une condition suspensive qui ne s'est pas réalisée, et que la défaillance de cette condition a anéanti toutes les obligations qu'ils avaient pu contracter en tant que faisant partie de la Société, celle-ci n'ayant jamais été constituée; « toutes les opérations accomplies pendant l'existence de fait de la Société, lient les parties et donnent nécessairement lieu à une liquidation et à un règlement obligatoires pour les associés » (2).

Mais ce point étant admis, se pose la question de savoir si cette liquidation et ce règlement doivent s'opérer d'après le droit commun et d'après l'équité, ou si l'on doit se référer aux

(1) Aubry et Rau, t. I, § 37, p. 123. — Troplong. Société. N° 249. — Boistel. P. 244.

(2) Cass., 7 février 1865. S. 65. 1. 289.

stipulations du pacte social. Plusieurs systèmes ont été proposés.

D'après un premier système, la Société étant nulle en principe et remplacée par une Société de fait, on doit faire application du droit commun, de l'art. 1853, d'après lequel « lorsque l'acte de Société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la Société. » Mais ce système va manifestement, dit-on, contre l'intention des parties qui avaient adopté un réglement différent de celui qui est établi par la loi en cas de silence du contrat, lorsque la Société est *régulière*. Serait-il juste d'appliquer le même règlement lorsque la Société *annulée* comme Société par actions devient une *Société de fait* dont l'existence repose comme celle de la Société qui n'est atteinte d'aucun vice, sur la commune intention des parties qui est ici présumée. La nullité de la Société n'a pas pour cause, en effet, un vice du consentement, mais un vice de forme, l'inexécution des formalités légales. Il est donc assez naturel de donner effet à la volonté des parties en tant qu'elle n'est contraire à aucune disposition de la loi.

Toutefois des partisans du premier système admettent que les clauses du contrat de société pourront être consultées, non pas comme règle obligatoire mais à titre de renseignement, ce qui

permettrait de tempérer par l'équité les règles du droit commun (1).

La jurisprudence est d'un avis diamétralement opposé. Elle décide que la liquidation doit se faire suivant les conventions sociales. La Cour de cassation a formulé nettement cette doctrine dans un arrêt du 7 juillet 1873. Cet arrêt déclare que « la nullité même absolue d'une société par actions ne saurait empêcher qu'il ait existé pour le passé une communauté d'intérêts dont la liquidation puisse être soumise aux conventions constantes des parties; que si des actes ont été accomplis en son nom, si des intérêts ont été engendrés par le fait de son exercice même provisoire, il n'est pas permis de s'y soustraire, et que, d'après les principes généraux du droit, cette communauté d'intérêts licite en elle-même et créée par la libre volonté des parties, doit se régler et se liquider en prenant pour base leur commune intention, laquelle d'après les faits constants de la cause et la longue gestion des intérêts communs sur les bases déterminées par elles-mêmes, n'a pu être autre que celle exprimée par le pacte social dont cette communauté n'a été en définitive que l'exécution pure et simple... » (2) La personne sociale seule

(1) Mathieu et Bourguignat. N° 72.

(2) Cass., 7 juillet 1873. S. 73. 1. 388. — La Cour de Cassation a maintenu sa jurisprudence. Elle a jugé en 1888 que « lorsqu'une Société anonyme après avoir eu pendant un certain temps une existence de fait, est annulée pour défaut d'accomplissement de certaines formalités exigées par l'art. 41 de la Loi du 24 juillet 1867, la nullité ne rétroagit pas même dans les rapports des actionnaires entre eux au jour de la constitution de la Société ;

est censée n'avoir jamais existé, c'est elle seulement qui est annulée : la Société *contrat consensuel* n'est pas annulée, elle est seulement « dissoluble par la volonté de l'une des parties à raison de la nullité de la personne sociale ». Ainsi raisonne M. Labbé lorsqu'il y a nullité pour défaut de publicité (1).

Plusieurs commentateurs de la Loi de 1867 repoussent l'opinion de la jurisprudence lorsque la Société est nulle pour inexécution des conditions prescrites par les art. 1, 2, 3, 4, 5, 22, 23, 24 et 25 bien qu'ils y adhèrent lorsqu'il s'agit de la nullité prévue par l'art. 56. La nullité de l'art. 56 qui sanctionne le défaut de publicité à l'exemple de la nullité de l'art. 42 du Code de Commerce n'a d'effet que pour l'avenir ; la nullité que prononce l'art. 7 au contraire a effet même pour le passé. Dans la seconde hypothèse les associés ne sont nullement tenus des dettes contractées avant que la nullité ne soit prononcée, elles restent à la charge du gérant ; dans la première, par suite de l'existence de fait de la Société, les associés sont tenus des dettes comme il est dit à l'acte de Société, ou si l'acte est muet chacun proportionnellement à sa mise.

ceux-ci ne peuvent par suite exciper de la nullité de la Société vis à vis de leurs coassociés pour soutenir que ce sont les principes du droit commun et non les statuts sociaux qui doivent régler leurs rapports entre eux et prétendre notamment que leurs apports sont toujours restés leur propriété exclusive sans devenir la propriété de la collectivité des actionnaires et que par suite ils ont le droit de les reprendre tels qu'ils les avaient versés dans la caisse sociale au moment de la constitution ». Cass. Req. 19 juillet 1888. Le Droit 22 juillet 1888.

(1) Note sous arrêt de Toulouse, 22 juin 1872. S. 73. 2. 169.

La nullité de l'art. 56, dit-on, n'est pas de la même nature que la nullité des art. 7 et 41. La nullité qui provient du défaut de publication est purement extrinsèque, le contrat a été rendu parfait, la Société a été constituée par le consentement libre des parties (art. 55); selon le vœu de la loi toutes les conditions de constitution ont été remplies, mais, par suite de l'inaccomplissement d'une formalité destinée à faire connaître l'existence de la Société aux tiers, la loi prononce la résiliation du contrat. A partir de l'expiration du délai d'un mois après sa constitution la Société est tenue pour nulle, ou plutôt elle est réputée dissoute et les actes qui ont pu être passés en son nom depuis le jour de sa constitution ne seront pas effacés. Au contraire la nullité pour inaccomplissement d'une des conditions essentielles est radicale, ses effets se produisent non seulement dans l'avenir mais même dans le passé. C'est la convention qui est réduite à néant. L'engagement des actionnaires n'était que conditionnel, il n'était contracté par eux que sous cette condition que toutes les règles prescrites par la loi pour la validité de la Société seraient observées. Elles ne l'ont pas été : il s'en suit immédiatement et nécessairement que la Société n'a pas été constituée, elle n'a jamais eu d'existence légale, elle est toujours restée à l'état de projet (1).

(1) On trouve cette distinction nettement indiquée dans un arrêt de la Cour de Paris du 26 janvier 1855 : « Considérant que la

On ajoute que, rationnellement, il en doit être ainsi. Chacun des associés a le droit de requérir la publication de l'acte de Société, il a, par conséquent, le devoir de le faire publier s'il ne l'a été. Sa négligence sur ce point le constitue en faute, il n'est que juste qu'il en supporte les conséquences.

Au contraire, l'omission des formalités autres que la publication constitue une faute toute personnelle au fondateur de la Société : lui seul peut « provoquer et remplir ces formalités. » Les associés ne doivent pas souffrir de son incapacité, de son incurie ou de son mauvais vouloir.

On invoque enfin un argument de texte : les art. 7 et 41 veulent que la Société soit « nulle et de nul effet à l'égard des intéressés. » L'art. 56 dit que les formalités de publicité seront observées à peine de nullité à l'égard des intéressés. La rédaction différente de ces textes correspond à une pensée et à une volonté différentes du législateur (1).

A cette argumentation on répond que la loi

nullité d'une Société et à raison de cette omission (de la formalité de la publication) déclarée nulle, donne toujours lieu à une liquidation, soit dans l'intérêt des tiers, soit pour la régularisation des obligations par eux prises lors des conventions stipulées par l'acte de Société, que si l'on excipe de cette doctrine de la maxime « quod nullum est, nullum producit effectum », il faut distinguer les nullités *intrinsèques* et *substantielles* de l'acte de Société qui rompent tout lien de droit entre les coassociés des nullités extrinsèques qui ne rompent le lien social qu'à partir de la nullité prononcée et pour l'avenir le surplus des conventions, et pour le passé liant entre elles les parties contractantes ». Paris, 26 janv. 1855. S. 55. 2. 66. — Paris, 12 mai 1855.

(1) Mathieu et Bourguignat. §§ 72 et 317 comparés. — Ameline. Revue pratique, t. XXIV, p. 37.

ne distingue pas : la différence entre les art. 7 et 41 d'une part, et l'art. 56 d'autre part, n'existe que dans la forme et non dans le fond. La nullité pour défaut de publicité ne se distingue pas de la nullité pour inobservation des conditions intrinsèques de constitution des sociétés, elles sont de la même nature. Il ne faut donc pas attacher à la comparaison des expressions « nulle et de nul effet » « à peine de nullité » une si grande importance, car ce qui est nul est toujours de nul effet « quod nullum est nullum producit effectum. » Si l'on reconnaît que les effets de la Société nulle pour défaut de publicité cessent pour l'avenir, mais subsistent pour le passé, il n'y a pas de raison pour ne pas admettre la même règle lorsqu'il s'agit de sociétés nulles pour une autre cause. Dans les deux cas « les conditions qui font défaut ont « un certain caractère arbitraire » « la nullité n'est pas fondée sur la nature des choses » et l'on comprend, dit on, que le législateur ait cherché à restreindre plutôt qu'à étendre ses effets (1).

On ajoute un autre argument tiré des travaux préparatoires : en 1867 comme en 1856, il a été déclaré à maintes reprises par le législateur, qu'il entendait s'en référer aux règles admises par son prédécesseur de 1807 et par la jurisprudence pour l'interprétation de l'art. 42 du Code de Commerce. La jurisprudence admettait après

(1) Lyon-Caen et Renault. N° 436.

la nullité prononcée l'existence d'une Société de fait, elle faisait application des statuts pour le passé, notamment pour la répartition des bénéfices, mais elle ne faisait pas de distinction entre les nullités (1).

S'engager sur ce terrain nous paraît bien dangereux, car la distinction entre les nullités extrinsèques et les nullités intrinsèques et substantielles est due précisément à une jurisprudence antérieure à la loi de 1856, témoin l'arrêt de Paris du 26 janvier 1855 que nous avons rapporté.

En résumé, la nullité ne rétroagit pas et la Société est considérée comme ayant eu une existence valable jusqu'au jour où les tribunaux ont prononcé la nullité. De là, les conséquences suivantes :

1° Le partage des bénéfices ou des pertes, s'il en a été réalisé, doit avoir lieu comme il est dit aux statuts sans qu'on ait à tenir compte de l'art. 1853 du Code Civil ;

2° Si des immeubles ont été acquis au nom d'une Société commerciale par son gérant, ce dernier n'en a pas la propriété exclusive, par cela seul que la Société est nulle.

Ces immeubles appartiennent aux associés dans les proportions déterminées par le pacte social qui conserve sa valeur comme expression de la volonté des parties, malgré la nullité de la Société (2).

(1) Alauzet. N° 473. — Pont. N° 1264. — Vavasseur. N° 713. — Boistel. P. 243. — Amiens, 27 juillet 1882. Journal des Soc. 1883, p. 169. — Cass., 20 janv. 1875. S. 75. 1. 68.

(2) Grenoble, 11 juillet 1873. S. 73. 2. 202.

3° La négociation d'actions d'une Société ultérieurement déclarée nulle, par exemple pour défaut de versement du quart, ne peut être annulée pour défaut d'objet. La nullité de la Société n'ayant d'effet que pour l'avenir entre les associés, on ne peut prétendre qu'il y a eu vente de parts d'associé inexistantes : il y a eu vente de parts d'associé dans une Société susceptible d'être annulée, et ceci est tellement vrai, qu'il peut se faire qu'une fois la nullité prononcée, la part d'actif qui reviendra à chaque actionnaire après la liquidation soit supérieure au prix de cession. Même après l'annulation, les actions gardent leur caractère essentiel qui est de donner à leur propriétaire le droit de conserver les bénéfices qu'il aurait légitimement perçus avant l'instance en nullité, et celui de réclamer dans l'actif actuellement subsistant une part proportionnelle au nombre de ses actions (1).

Toutefois, l'intention des parties resterait inefficace, si la prise en considération des stipulations du pacte social devait assurer l'exécution de la clause même dont l'insertion dans les statuts a causé la nullité de la Société. Cette clause étant contraire à l'ordre public, les tribunaux n'ont pas le droit de la sanctionner (2).

Il faut encore faire exception pour le cas

(1) Cass., 3 juin 1885. S. 85. 1. 259 et les conclusions de M. l'avocat général Desjardins.

(2) Cass., 22 nov. 1869. S. 70. 1. 55.

où la nullité de la Société provient du caractère illicite des actes qui lui servent de but, où la Société aurait un objet illicite. Exemple: contrebande, piraterie, maison de débauche ou de jeu, usure, fabrication et vente d'un remède secret ou prohibé par la loi (1). Si la Société était illicite seulement quant à sa constitution, on admet qu'elle pourrait être liquidée comme Société de fait au lieu d'être tenue pour nulle dans le passé comme dans l'avenir, et qu'on devrait tenir compte des faits accomplis. Exemple : Société créée pour l'exploitation d'un office ministériel (2).

Mais l'existence d'une Société de fait résultant de la communauté d'intérêts doit-elle être restreinte aux bénéfices et aux pertes résultant des opérations faites avant la déclaration de nullité, ou bien doit-elle être étendue aux apports que les associés avaient mis en commun ? Chaque associé a-t-il le droit de reprendre ses apports en nature comme n'ayant jamais cessé d'en être propriétaire, ou bien ces apports doivent-ils être compris dans la masse à partager comme ayant été abandonnés en toute propriété à la Société, si elle était régulière, et éventuellement à la Société de fait qui subsisterait entre les associés, si la première Société était déclarée nulle ?

(1) Cass., 10 janv. 1865. S. 65. 1. 110. — Vavasseur, N° 40.
(2) Vavasseur, N° 253.

On a soutenu la négative. Où est le fait en pareille occurrence? Il se trouve simplement dans l'existence de bénéfices réalisés ou de pertes subies à l'occasion des opérations faites en commun : mais la communauté résultant d'un pur état de fait n'a pu créer un *droit* de propriété au profit des associés. Le droit de propriété qui aurait pu leur appartenir ne pouvait prendre sa source que dans l'acte de Société; or, cet acte n'a plus aucune valeur. L'associé reprendra donc son apport dans l'état où il se trouve au jour où la nullité est prononcée (1).

Mais la Cour de Cassation poussant plus loin les conséquences de son système sur la nullité des Sociétés, a rejeté cette opinion. L'objection ne porte pas. La distinction qu'on essaie d'établir entre les profits et pertes à partager qui tomberaient seuls dans la communauté d'une part, et les apports qui resteraient propres aux associés d'autre part, ne peut pas se soutenir. C'est en effet une erreur de croire que la translation de propriété et le partage des bénéfices ou des pertes d'après certaines règles, repose sur l'acte de Société. La Société de fait tout entière dans son existence comme dans ses conséquences repose sur la commune intention des parties simplement manifestée par l'acte de Société. L'acte de Société ne crée pas la communauté licite qui se substitue à la Société annulée, pas plus qu'il ne donne

(1) Alauzet, N. 387,

lieu à liquidation et à partage : c'est la volonté des parties qui détermine l'étendue de la communauté, l'acte de Société ne fait que l'indiquer. Aux tribunaux d'apprécier, si cette volonté est incertaine et donne lieu à contestation (1).

Par conséquent, les apports effectués par chacun des associés deviennent la propriété de la collectivité des actionnaires et ne restent pas la propriété exclusive de ceux qui les ont mis en Société ; ils n'ont pas le droit de les reprendre au moment de la liquidation qui suit la déclaration de la nullité dans l'état où ils les avaient versés dans le fonds social à l'époque de la constitution (2).

L'autre solution pourrait dans certains cas, aboutir à une injustice. Un individu apporte à la Société son travail ou son industrie : un autre y apporte des capitaux. Le premier, outre une part dans les bénéfices, a droit au moment de la dissolution à une part dans le fonds social. Que la Société soit déclarée nulle : oserait-on soutenir qu'après avoir fourni son travail et son industrie à la Société pendant plusieurs années, il devra se retirer sans rien prendre du fonds social, si la Société est annulée.

Pour éviter le reproche inverse qui pourrait être fait à la seconde opinion, on y apporte un correctif et l'on décide que, si la nullité est

(1) Cass., 19 mars 1862. D. 62. 2. 1.407. — Pont N. 1266.
(2) Cass., 19 juillet 1888. Le Droit 22 juillet 1888.

prononcée peu de temps après la formation de la Société, les juges peuvent en s'appuyant sur l'équité permettre à chacun des associés de reprendre ses apports, parce que la Société ne peut être pour eux une source de profits illégitimes. Il serait inadmissible qu'un associé dont l'apport consiste en travail et en industrie, pût faire annuler la Société avant qu'elle eût encore sérieusement fonctionné pour prendre sa part du fonds social, en recouvrant la liberté d'appliquer à une autre entreprise son travail et son industrie (1).

2° *Effets de la nullité dans les rapports des associés avec les créanciers sociaux.*

Les art. 7 et 41 de la loi du 24 juillet déclarent la nullité de la société inopposable aux tiers.

Les tiers peuvent donc prendre l'un ou l'autre de ces deux partis : ou bien demander la nullité puisqu'ils sont considérés comme intéressés dans le sens de la loi, ou bien tenir la Société pour valablement constituée, même dans l'hypothèse où la nullité aurait été prononcée à la requête des associés.

Prenons l'hypothèse où les tiers ont provoqué la nullité ou bien ont acquiescé au jugement qui a déclaré la nullité à la demande des associés. Pourront-ils considérer les associés comme associés en nom collectif et les poursuivre comme solidairement responsables. La Cour de Cassation

(1) Pont. N. 1267.

modifiant sa jurisprudence antérieure a décidé : « que les *Administrateurs* d'une société prétendue anonyme établie avant la loi du 24 juillet 1867, sans l'autorisation du gouvernement, et n'ayant pas dès lors d'existence légale doivent être réputés à l'égard des tiers membres d'une société en nom collectif et sont tenus solidairement de tous les engagements sociaux, alors surtout que du commencement à la fin de son existence la société n'a été dans son organisation et sa gestion qu'une œuvre indivisible de dol et de fraude. » (1)

Un arrêt des requêtes du 28 fév. 1859 (2) avait résolu la question dans un autre sens. D'après cet arrêt, « doivent être considérés comme associés en nom collectif seulement les membres d'une Société qui a fonctionné publiquement comme Société en nom collectif, de telle façon que les tiers aient pu être trompés par l'apparence d'une société de fait existant entre les associés en nom collectif et les commanditaires. » Dans ce cas ils ont suivi la foi de tous les associés qui se sont présentés comme associés en nom collectif et il n'est que juste qu'ils soient considérés comme obligés solidairement. Leur permettre d'opposer aux tiers l'acte de société qu'ils auraient tenu secret, serait, en somme, favoriser la fraude et la mauvaise foi « Nemo auditur turpitudinem suam allegans ». Tout se réduisait donc à une question de fait d'après cette jurisprudence.

(1) Cass., 25 fév. 1879. S. 81. 1.441.
(2) S. 66. 1. 157.

La solidarité nous semblerait contraire à l'intention des parties. En effet, les associés entrant dans une Société anonyme ou en commandite par actions, dans laquelle ils ne doivent être engagés que jusqu'à concurrence de leur mise, avaient la volonté ferme de ne pas être obligés au-delà par les actes passés par la Société. Les tiers, en contractant avec une Société anonyme ou en commandite savaient très bien qu'ils ne pouvaient obtenir un engagement solidaire, et ils n'y ont pas compté au moment où l'obligation est née. Les créanciers sociaux seraient donc mal fondés à poursuivre les actionnaires comme solidairement responsables de toutes les dettes sociales, en l'absence d'une disposition légale.

Si les créanciers sociaux optent pour l'existence de la Société, ils pourront agir contre celle-ci comme si elle était constituée régulièrement et, par conséquent, la faire déclarer en faillite, si elle se trouve en état de cessation de paiements. La Cour de Paris n'a pas toujours admis cette conséquence du système de la jurisprudence. La mise en faillite d'une Société n'ayant qu'une existence de fait serait impossible, d'après un arrêt de cette Cour, parce qu'une Société de ce genre ne peut avoir la personnalité civile (1).

Mais on a objecté que là n'est pas la ques-

(1) Paris, 3 mars 1870. S. 70. 2. 137.

tion : la question est de savoir si la Société a fonctionné en apparence comme Société régulière à l'égard des tiers, bien que n'étant au fond qu'une simple association de fait : « cette Société crée un passif qu'elle ne peut acquitter, et il lui suffira d'invoquer l'inobservation de la loi pour frustrer ses créanciers et se soustraire au régime protecteur de la faillite ! » (1) Cela reviendrait à dire que la nullité est opposable aux tiers, malgré la prohibition formelle des art. 7 et 41. Mais la Cour de Paris s'est déjugée elle-même, et elle a décidé que l'existence d'un passif social et la cessation de paiements suffisent pour qu'une Société anonyme, nulle pour défaut de publicité et de versement du quart, soit déclarée en faillite comme Société de fait (2).

3° *Effets de la nullité dans les rapports des associés avec leurs créanciers personnels.*

Nous avons vu que les créanciers personnels des associés devaient être compris parmi les intéressés dont parle la loi ; ils peuvent donc en leur nom personnel intenter une action en nullité de la Société pour inobservation des conditions constitutives prescrites par la loi ; l'intérêt qu'ils peuvent y avoir, nous l'avons déterminé.

(1) Conclusions de M. l'av. gén. Hémar sous l'arrêt précité.
(2) Paris, 5 fév. 1872. S. 73. 2. 75.

Les biens que les associés ont aliénés pour former le fonds social, rentrent dans le patrimoine des associés tels qu'ils en étaient sortis, et, par conséquent, dans le gage de leurs créanciers. Par exemple, qu'un associé ait apporté à la Société un brevet ou un procédé de fabrication dont l'exploitation fait l'objet de la Société : s'il a par lui-même une grande valeur, les créanciers pourront faire annuler la Société pour amener leur débiteur à l'exploiter pour son propre compte. Mais, dit M. Pont, « si après la reprise des apports, il reste des valeurs acquises par la Société pendant qu'elle a fonctionné, les ayants-droit entre lesquels ces valeurs sont à partager devront être considérés non comme associés, puisque en droit il n'y a pas eu Société, mais comme simples communistes. L'annulation, dans l'hypothèse actuelle, n'est pas l'équivalent d'une dissolution donnant lieu à une liquidation dont les stipulations du pacte social fourniraient les bases; elle supprime la Société et ne laisse en présence que de simples communistes entre lesquels dès lors le partage doit être fait d'après les règles du droit commun » (1).

Mais les créanciers pourraient avoir intérêt à demander la nullité par l'action oblique du chef de leur débiteur si la liquidation de la Société d'après les bases de l'acte social devait sérieusement leur profiter; un associé peut avoir

(1) Pont. N° 1261.

stipulé des avantages particuliers considérables, par exemple tant pour cent à prélever sur l'actif qui serait démontré exister d'après le compte de liquidation ; ce prélèvement pourrait être justifié par la nature toute spéciale de l'apport effectué par l'associé (brevet, industrie). Les créanciers prenant la place de leur débiteur pourraient invoquer les mêmes droits que lui de telle façon que la nullité produisît à leur égard les effets d'une dissolution.

4° *Quant aux rapports des créanciers personnels avec les créanciers sociaux* nous avons eu déjà l'occasion de nous en occuper. Les créanciers personnels des associés peuvent demander la nullité, même à l'encontre des créanciers sociaux : ils sont tous tiers intéressés et la nullité demandée par les uns produit effet vis-à-vis des autres : ils se trouvent sur le pied d'égalité. Supposons la nullité de la Société prononcée à la requête des créanciers personnels des associés : 1° Les créanciers sociaux ne peuvent la méconnaître pour faire déclarer ensuite la Société en faillite; 2° A l'égard des créanciers personnels des associés les biens qui étaient entrés dans le patrimoine de la Société, en ressortent tels qu'ils y avaient été apportés, libres de toutes charges et de tous droits réels dont ils auraient pu être grevés pendant l'existence de la Société irrégulière (1).

(1) Amiens, 24 février 1880. S. 82. 2. 198.

La nullité une fois déclarée, comment se fera la répartition des biens qui auront été acquis par la Société pendant le temps qui s'est écoulé depuis le jour où elle a été considérée comme constituée jusqu'au jour de la déclaration de nullité ? On appliquera par analogie l'art. 1853; la part de chacun sera en proportion de sa mise, on n'appliquera pas le règlement qui pourrait exister à ce point de vue dans les statuts. Le pacte social n'est applicable que dans les rapports des associés entre eux. Les créanciers sociaux pourront objecter que ces biens n'ayant jamais fait partie du patrimoine des associés, les créanciers personnels ne peuvent être admis à prétendre qu'ils font partie de leur gage. Mais on peut répondre qu'ils ont été acquis par le moyen des apports faits par les associés et qu'ils doivent rentrer comme les apports dans le patrimoine des associés; de quel patrimoine pourraient-ils faire partie, si ce n'est du patrimoine des associés, puisque la nullité obtenue par les tiers a effet dans le passé comme dans l'avenir. Les créanciers personnels et les créanciers sociaux viendront donc en concours au marc le franc et chacun selon leur droit sur la part qui sera attribuée à chaque associé, chaque associé devant payer aux créanciers sociaux une partie des dettes correspondante à la part qu'il prend dans les biens de la Société annulée.

Le nouveau projet de loi sur les Sociétés,

art. 40 et 52 conserve le système des nullités et pénalités des lois de 1856 et de la loi actuelle.

Cette sévérité draconienne est justement critiquée (1).

La nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés.

Législations Étrangères

La *Loi belge* du 18 mai 1873, qui avait adopté les règles de notre loi de 1867 sur les sanctions qui devaient être appliquées à l'inobservation des formalités constitutives, a été modifiée sur ce point par la loi du 22 mai 1886. « La nullité des actes, disaient les auteurs de la proposition de loi, est souvent une mauvaise sanction des dispositions des lois ; dans la matière des Sociétés surtout, elle peut servir des intentions malhonnêtes et nuire au crédit public. »

Les cas de nullité sont aujourd'hui peu nombreux dans la loi belge, la nullité est remplacée par la responsabilité civile et solidaire des fondateurs (art. 34). Toutefois, une Société par actions peut encore être nulle à raison du défaut de formes, principalement quand l'acte de Société n'est pas authentique (art. 4, L. de 1873), ou encore à raison du défaut de publicité (art. 11, al. 3, L. de 1373).

(4) Vavasseur. Rev. des Sociétés 1885. P. 218.

QUATRIÈME PARTIE

Des responsabilités qui découlent de la nullité des Sociétés par actions

---

CHAPITRE PREMIER

Responsabilités Civiles

La première question à nous poser en abordant ce chapitre est celle de savoir d'où dérivent les responsabilités que nous devons y étudier ?

Le titre même du chapitre fait pressentir la réponse qui doit être donnée. Ces responsabilités dérivent de la nullité encourue pour inobservation ou inaccomplissement des conditions constitutives de toute Société par actions. D'où il résulte qu'en principe, avant qu'il puisse être fait application des sanctions attachées à la nullité, cette nullité doit avoir été prononcée par les tribunaux. La loi subordonne la responsabilité à la nullité (1).

(1) Req., 9 juillet 1861. S. 61. 1. 705.

Pour que les membres du Conseil de surveillance, les fondateurs ou les administrateurs soient déclarés responsables de l'annulation de la Société, il faut que la nullité de la Société soit acquise aux demandeurs. Cela est évident, il n'y a pas d'effet sans cause. Or, le législateur considère l'annulation, c'est-à-dire la déclaration de la nullité, comme la cause de la responsabilité des membres du Conseil de surveillance, des fondateurs et des administrateurs. Deux instances distinctes et séparées seraient toutefois inutiles : la nullité et la responsabilité pourraient très bien faire l'objet d'une instance unique (1).

Toutefois cette règle comporte plusieurs exceptions : 1° Il serait inutile ou pour mieux dire impossible de recourir aux tribunaux pour faire prononcer la nullité pour tel motif déterminé, si la nullité avait déjà été prononcée pour autre cause : la nullité une fois constatée judiciairement lorsque le jugement a acquis autorité de chose jugée, ne peut être déclarée une seconde fois. Résultera-t-il de cette impossibilité toute matérielle, un obstacle insurmontable à l'exercice des responsabilités dérivant d'un fait différent de celui qui a motivé la décision de la justice ?

Non. Il serait inique que les membres du conseil de surveillance pussent se prévaloir de la nullité de la Société encourue pour vices de

(1) Bédarride, N. 179. — Rivière, N. 82. — Vavasseur, N. 222.

formes, pour se soustraire aux conséquences de leur faute, ou de leur négligence, et pour éviter de réparer le préjudice qu'ils ont causé, préjudice sur lequel est fondée leur responsabilité. Le concours de plusieurs causes de nullité ne pourrait avoir pour résultat d'anéantir les effets produits par l'une d'elles qui a vicié la constitution même de la Société et, comme on l'a dit, de « rendre meilleure la position des membres du conseil de surveillance » ou des administrateurs. Le tribunal devant lequel la question sera portée, constatera purement et simplement l'existence de la cause de nullité, d'où résulte un préjudice pour les intéressés et d'où découle la responsabilité, et son concours avec le fait de l'annulation antérieurement prononcée (1). « Ce qui fonde la responsabilité des gérants et du conseil de surveillance, dit l'arrêt de cassation du 12 avril 1864, ce n'est pas seulement le fait de l'annulation de la Société, et le dommage qui peut en résulter, mais principalement la violation des prescriptions des art. 1 et suivants de la loi qui, en donnant à croire aux intéressés que le capital social avait été versé, les a abusivement conduits à livrer à la Société leurs capitaux ou à traiter avec celle-ci ; il suit de là que tant que la Société fonctionne (2) et que la nullité n'en a été ni demandée, ni prononcée, par application de l'art. 6

(1) Cass., Req. 12 avril 1864. S. 64. 1. 169.

(2) Elle peut ainsi couvrir les pertes et peut-être donner des bénéfices ce qui ôterait tout intérêt à une demande en nullité (Sourdat).

de la loi du 17 juillet 1856 (1), les membres du conseil de surveillance ne peuvent être soumis à la responsabilité prononcée par l'art. 7 de la même loi (2), mais il en est autrement lorsque la Société ayant déjà été annulée pour vice de forme, les tribunaux constatent qu'elle avait encouru la nullité prononcée par l'art. 6 de la loi précitée. » La preuve du préjudice étant faite, il est juste et conforme à la loi qu'il en soit fourni réparation, à cette condition toutefois que le dommage ait son principe dans l'annulation de la Société. Il nous paraît, en effet, certain que s'il dérivait, non plus de la constitution irrégulière de la Société, mais d'une autre source, par exemple de la mauvaise administration du gérant, ni le conseil de surveillance, ni le gérant ne pourraient être déclarés responsables. Le juge ne serait même pas tenu de statuer préalablement sur la demande en nullité.

2° Dans un autre cas, la jurisprudence s'appuyant sur ce que la responsabilité a son principe non dans la décision judiciaire qui prononce l'annulation, mais dans les faits antérieurs qui ont frappé la Société de nullité, a décidé que l'action en responsabilité serait recevable lorsque la Société aurait pris fin par la faillite ; pour cela il est nécessaire, mais il suffit, dans notre hypothèse comme dans la précédente, que l'exis-

(1) Art. 7 de la Loi de 1867.
(2) Art. 8 de la Loi de 1867.

tence de la cause de nullité ait été constatée (1).

La Cour de Lyon considère la responsabilité et l'annulation « comme deux effets distincts mais concomittants d'une même cause » dont l'un peut exister dans certaines hypothèses indépendamment de l'autre. Cette manière de voir n'est peut-être pas en parfaite harmonie avec les termes de l'art. 8 de la loi de 1867, lequel suppose que l'annulation a précédé la déclaration de responsabilité : la pensée du législateur en écrivant cet article était qu'il n'y a réellement préjudice donnant lieu à responsabilité qu'autant que la nullité a été judiciairement déclarée : c'est-à-dire que dans tous les cas, la responsabilité a pour cause l'annulation de la Société. La Cour de Lyon dit elle-même qu'il serait contraire à la raison qu'un conseil de surveillance fût condamné comme responsable des irrégularités et des vices d'une Société, tandis que cette Société, nulle de plein droit, continuerait à fonctionner et à produire ses effets. Le but assigné à l'art. 7 de la loi de 1856 (2) a été d'empêcher cette anomalie de se produire.

Mais, ajoute-t-elle, « la loi n'a pas voulu exiger des procédures inutiles et contraindre les intéressés à se pourvoir en annulation d'une société qui a fini par la déconfiture ou la faillite, et par conséquent a cessé d'avoir une existence légale. Dans cette hypothèse la demande en nullité n'eût

(1) Lyon, 29 mars 1860. S. 60. 2. 365.
(2) Art. 8. L. de 1867.

constitué qu'une procédure frustratoire...» Mais nous savons que la faillite, simple cause de dissolution n'empêcherait pas la nullité d'être prononcée, précisément pour faire naître au profit des intéressés la responsabilité du gérant et des membres du conseil de surveillance (1). La Cour s'est donc laissé entraîner pour des raisons pratiques à donner une solution qui ne nous paraît pas en parfaite concordance avec les principes. Au surplus l'art. 8 ne porte-t-il pas que les membres des conseils de surveillance sont responsables avec le gérant de *l'annulation* de la société et l'art. 42 que les fondateurs et administrateurs sont responsables lorsque la nullité de la société a été prononcée aux termes de l'art. précédent.

Section I

Sociétés en commandite par actions

La Loi de 1867 n'est pas la première qui ait établi à la charge des gérants et des conseils de surveillance une responsabilité du chef de la nullité de la société. L'art. 8 de cette loi tire son origine de l'art. 7 de la loi du 17 juillet 1856 qui était ainsi conçu : « Lorsque la société est annulée aux termes de l'article précédent les membres du conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables solidairement et par

(1) Cass., 3 juin 1862. S. 63. 1. 189.

corps avec les gérants de toutes les opérations faites postérieurement à leur nomination. — La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des fondateurs de la Société qui ont fait des apports en nature ou au profit desquels ont été stipulés des avantages particuliers. » L'art. 8 de la loi actuelle qui correspond à la disposition de la Loi de 1856 que nous venons de transcrire, a sur celle-ci de sérieux avantages ; il est plus précis et les règles qu'il établit sont plus équitables : Lorsque la Société, dit-il, est annulée aux termes de l'art. précédent, les membres du premier conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables, avec les gérants du dommage résultant pour la Société et pour les tiers de l'annulation de la société. La même responsabilité peut être prononcée contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'art. 4 ci-dessus » (1).

L'art. 8 s'adresse donc à trois classes de personnes : 1° les gérants; 2° les membres du premier conseil de surveillance, 3° les associés qui ont stipulé des avantages particuliers.

1° *Les gérants.* — C'est aux gérants qu'incombe le devoir d'accomplir toutes les conditions exigées par la loi pour la constitution de la Société, et la loi leur défend, sous une sanction pénale, de commencer les opérations sociales

(1) L'art. 53 du nouveau projet de Loi sur les Sociétés reproduit cette disposition.

avant que cette constitution ne soit définitive (art. 5, 13) : ils sont en faute, si par suite de l'inobservation des prescriptions légales la Société est déclarée nulle, et ils doivent réparation du préjudice qui est la conséquence de cette nullité. Ce n'est que l'application des règles du droit commun : aussi la responsabilité n'est-elle dans la loi que sous entendue ; l'art. 8 ne l'établit pas d'une façon précise : il dit simplement que les membres du conseil de surveillance pourront être déclarés responsables avec le gérant ; la responsabilité des gérants n'en existe pas moins certainement, et la loi n'y eût-elle fait aucune allusion qu'elle aurait dû être prononcée quand même.

Mais quelle est l'étendue de cette responsabilité ? Vis-à-vis des tiers, les gérants obligés personnellement sont tenus indéfiniment, c'est-à-dire sur tous leurs biens, de toutes les dettes sociales, et cela, en leur seule qualité de gérants, et de plus les tiers pourraient conclure contre eux à des dommages-intérêts, si la nullité leur avait causé un dommage spécial. Vis-à-vis des associés, bien que l'art. 8 ne fasse aucune distinction entre les associés et les tiers, et qu'il les mette sur le même rang, les gérants sont responsables seulement du préjudice résultant pour les associés de l'annulation de la Société. Ce qui entraîne déjà de graves conséquences, notamment les actions représentant la mise des gérants ne seront payées qu'après que

les actionnaires auront été totalement remboursés (1).

2° *Les membres du Conseil de surveillance.* — Les membres du *premier* Conseil de surveillance *peuvent* être déclarés responsables avec le gérant. L'art. 8 n'est que la sanction de l'art. 6 qui ordonne au *premier* Conseil de surveillance de vérifier immédiatement après sa nomination si toutes les dispositions prescrites pour la constitution de la Société ont été observées. Il examinera les bulletins de souscription pour savoir s'il y a souscription intégrale, il se rendra compte de la réalité du versement du quart en consultant l'état de la caisse (2). Il ne devra pas non plus manquer de s'assurer si la déclaration du gérant relative au versement du quart des actions a été sincère.

Lorsque la Société est annulée, la loi présume que la vérification n'a pas eu lieu : le Conseil de surveillance étant seul chargé de constater dès le début de la Société, avant toute opération sociale, si la Société est régulière, lui seul doit être déclaré responsable de la nullité de la Société, lorsqu'elle est entachée d'un vice qui affecte son existence même.

La loi de 1867 corrige sur ce point la loi de 1856, dont le texte était beaucoup plus général et qui semblait rendre responsables de la nullité

(1) Cass., 12 janvier 1870. D. 70. 1. 114.
(2) Cass., 24 avril 1861. D. 61. 1. 428.

tous ceux qui auraient fait partie d'un Conseil de surveillance même après la formation de la Société, à quelque époque que ce fût ou au moins ceux qui étaient en exercice au moment où la nullité a été prononcée, système injuste et qui avait soulevé bien des critiques. Car s'il est vrai que les membres du Conseil de surveillance, peuvent et doivent à toute époque dévoiler et divulguer les vices qui entachent la constitution de la Société, les membres du premier Conseil de surveillance ont une obligation bien plus stricte que leurs successeurs. Ils ont pour principale obligation de s'assurer que la Société est à l'abri de toute action en nullité : leur premier devoir est, comme l'a dit le rapporteur, de prévenir la nullité. Les membres des Conseils de surveillance qui ont suivi, ont pu légitimement croire que leurs devanciers avaient contrôlé les actes du gérant en ce qui concerne la constitution et ils sont bien excusables de n'être pas revenus en arrière et de n'avoir pas fait porter sur le passé de sévères investigations. La rigueur de la loi de 1856 ne pouvait se justifier ni en droit ni en fait. On l'expliquait par ce motif qu'il était impossible de mettre à la charge des membres du premier Conseil de surveillance qui pouvaient n'être pas réélus dans la suite, une responsabilité s'étendant à toutes les pertes faites pendant la Société; mais ce motif n'empêchait pas l'art. 7 d'être essentiellement contraire à l'équité; il a

disparu avec la rédaction de la loi de 1867, qui a restitué à la responsabilité ses véritables proportions.

Quel est le fondement de la responsabilité des membres du Conseil de surveillance ?

Nous avons dit déjà que la responsabilité des membres du conseil de surveillance découlait des principes généraux. Mais il faut néanmoins distinguer selon qu'elle existe à l'égard des associés ou à l'égard des tiers.

Vis-à-vis des associés la responsabilité des membres du conseil de surveillance a sa source dans l'art. 1992 du Code Civil. Les membres du conseil de surveillance ne sont, en effet, que les mandataires des associés et, à ce titre, ils répondent non-seulement du dol qu'ils peuvent commettre, mais encore de leurs fautes. Les tiers ne pourraient invoquer l'art. 1992 dont la règle ne s'étend pas au-delà des rapports du mandant et du mandataire (1). C'est, en effet, dans l'intérêt des associés seuls que les conseils de surveillance ont été institués primitivement : c'est la loi de 1856 qui les rendit obligatoires dans l'intérêt des tiers comme dans l'intérêt des actionnaires.

Il était d'usage de nommer des conseils de surveillance dans les Sociétés en commandite par actions sous le régime du Code de Commerce ; mais ils n'existaient la plupart du temps

(1) Cass. rej., 12 avril 1864. D. 64. 1. 377.

que dans l'intérêt de la Société ou plus exactement des fondateurs : les statuts pouvaient décider que les membres du conseil de surveillance n'encourraient aucune responsabilité et qu'ils seraient à l'abri de toute action et cette stipulation avait effet erga omnes! Pareille convention ne pourrait être opposée que dans les rapports des associés entre eux.

Vis-à-vis des tiers les membres du Conseil de surveillance sont responsables en vertu des art. 1382, 1383; ils sont investis d'un mandat légal qui les lie à l'égard des tiers et à l'égard de la Société : leurs obligations ne dérivent plus d'un contrat mais de la loi. « Les membres du Conseil de surveillance, a dit la Cour de Dijon, nommés par le libre suffrage des actionnaires, et chargés dès lors d'un mandat social, sont en même temps investis dans un intérêt supérieur et d'ordre public d'un mandat légal dont les tiers ont le droit de leur demander compte » (1).

La loi de 1867 diffère à un autre point de vue de la loi de 1856; elle ne dit plus que les membres du Conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables, solidairement et par corps, avec les gérants de toutes les opérations faites postérieurement à leur nomination, c'est-à-dire de toutes les pertes résultant des opérations sociales; elle modifie la responsabilité

(1) Dijon, 7 mai 1874. D. 77. 1. 77. Ledru. N° 51. p. 50.

quant à sa nature et elle la limite quant à son étendue. La responsabilité qui peut être prononcée, aux termes de l'art. 8, contre les membres du Conseil de surveillance avec les gérants, n'est plus solidaire. D'un autre côté, elle est restreinte au dommage résultant pour la Société et pour les tiers de l'annulation de la Société. Les membres des Conseils de surveillance ne pourront donc plus être responsables vis-à-vis des créanciers, comme vis-à-vis des actionnaires, que du préjudice provenant de la nulllité de la Société, au lieu de l'être de toutes les pertes éprouvées pendant le temps qui s'est écoulé depuis le jour de la fondation de la Société jusqu'au jour de la constatation de l'irrégularité. Le texte de la loi de 1856 ne permettait même pas de distinguer selon que le dommage avait eu ou n'avait pas eu pour cause la nullité de la Société.

Les tribunaux, après avoir constaté la nullité et le dommage qui en résulte, n'auront plus qu'à fixer l'étendue du préjudice et la quotité de la réparation.

Les tribunaux ne sont pas obligés de prononcer la responsabilité alors même qu'il y a dommage pour les associés et pour les tiers; la loi leur confère une faculté dont ils peuvent user suivant les circonstances. Leur pouvoir discrétionnaire (1) leur permet de rechercher si le préjudice est

(1) Cass., 24 juin 1861. S. 62. 1. 185. — Cass., 18 déc. 1867. S. 68. 1. 145.

sérieux, si les pertes faites par la Société proviennent de la faute ou de la négligence des membres du Conseil de surveillance, ou de faits auxquels ils n'ont pris aucune part (1), si le dommage ne résulte pas d'autres causes que de la nullité, alors même qu'il y a eu faute de la part du Conseil de surveillance (2), de même qu'il leur permet de prendre en considération la bonne foi de ces mêmes personnes, ou la négligence et la faute de ceux qui auraient intérêt à se prévaloir de la nullité pour en faire découler la responsabilité des membres du Conseil de surveillance (3). Telle serait la situation d'un actionnaire qui n'aurait pas fait approuver un apport en nature; de même le gérant serait mal fondé à invoquer contre les membres du Conseil de surveillance, la responsabilité de

(1) Cass., 8 mars. 1876. S. 76. 1. 409. — Cass., 14 août 1873. S. 73. 1. 215.

(2) Cass., rej. 23 août 1864. D. 64. 1. 367. — Cet arrêt de la Cour de Cassation rejetait le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Paris ainsi motivé : « Considérant que dans l'espèce l'insuffisance des souscriptions et le non versement du quart des actions souscrites n'ont été pour rien dans la ruine du comptoir Spinelli; que cette entreprise n'a point failli par suite d'insuffisance de ressources, ni pour tout autre cause ayant trait à la composition du capital; qu'elle a péri par suite des dilapidations de ses agents, dilapidations qui eussent été plus considérables si les apports de fonds eussent été plus élevés sans que la situation des actionnaires et de la faillite s'en trouvât meilleure; qu'ainsi dans de telles circonstances, en rendant le conseil de surveillance responsable des pertes de la Compagnie par application de l'art. 7 de la loi du 17 juillet 1856, on arriverait à une peine qui n'aurait aucune relation avec le fait reproché. » Les membres du conseil auraient pu cependant, dit M. Ledru (§ 55, p. 52) en provoquant la nullité de la Société dont le capital était incomplètement souscrit et où le quart n'avait pas été versé, prévenir indirectement les dilapidations et les pertes. La trop grande rigueur de la loi leur assurait l'impunité.

(3) Cass., 24 juin 1861. S. 62. 1. 185.

l'art. 8 (1). Le rapporteur de la loi de 1856 faisait remarquer que la forme de l'article 7 de cette loi n'était pas impérative et que les tribunaux pouvaient rechercher si la négligence était excusable. Le rapporteur de la loi de 1867 sur l'art. 8 qui a le même but que l'art 7 de la loi de 1856 n'a pas été moins clair : « Cette responsabilité, a-t-il dit, n'est pas obligatoire, si l'on peut ainsi dire, mais simplement facultative. Les tribunaux, maîtres de l'appliquer ou non, sont, comme le dit l'exposé des motifs, investis d'un pouvoir discrétionnaire » (2).

Ce principe nous permet de résoudre la question suivante : Supposé que le gérant ait commencé les opérations sociales avant que le conseil de surveillance ait été nommé, c'est-à-dire avant la constitution définitive de la Société, le conseil serait-il responsable de cette infraction à l'art. 13 et de la nullité qui en découle en vertu de l'art. 5 ?

M. Bédarride, s'appuyant sur ce motif rationnel que le conseil de surveillance ne peut être recherché à raison de faits antérieurs à sa nomination, pense que le conseil de surveillance échapperait à toute responsabilité, si dès qu'il a eu connaissance d'opérations antérieures il avait eu soin de convoquer l'assemblée générale et de lui soumettre le fait ; et il admet que

(1) Rivière. N. 84. — Dalloz. N. 1242.

(2) Rapport de M. Mathieu. — Rej., 11 mai 1870. S. 70. 1. 425. — Req., 8 mars 1876. D. 77. 1. 168.

celle-ci pourrait ratifier les actes du gérant (1).

D'après un second système, les membres du conseil de surveillance devraient toujours, et infailliblement, être déclarés responsables. La nullité de la Société est d'ordre public, insusceptible d'être couverte même par décision de l'assemblée générale. Les membres du conseil de surveillance auraient dû s'apercevoir et se rendre compte du vice qui entachait la constitution de la Société et le signaler aux actionnaires.

L'infraction aux règles de l'art. 5 est une cause de nullité insusceptible de ratification parce qu'elle est d'ordre public, comme les autres causes de nullité (2). Mais autre chose est la question de nullité, autre chose la question de responsabilité qui doit seule nous occuper ici. Les membres du conseil de surveillance seront-ils responsables de la nullité ?

Question de fait : les tribunaux apprécieront s'il y a lieu de prononcer la responsabilité à la charge des membres du conseil de surveillance en vertu du pouvoir discrétionnaire que la loi leur accorde ; ils auront à se demander non pas seulement si le conseil a convoqué l'assemblée générale dès qu'il a eu connaissance des opérations, mais s'il aurait pu, en faisant quelques diligences qui rentrent bien dans sa mission de vérification, avoir connaissance de cette cause de

(1) Bédarride. N° 182.
(2) Rivière. N° 76.

nullité. Dans le cas d'affirmative, les membres du conseil de surveillance encourront l'application de la responsabilité, sinon ils resteront indemnes.

En ce qui concerne l'étendue de la responsabilité des membres du conseil de surveillance, tous les auteurs sont d'accord, mais tous n'admettent pas que cette responsabilité est individuelle et divisée.

MM. Lyon-Caen et Renault, et d'autres encore, pensent que la responsabilité des membres du conseil de surveillance est collective et partant solidaire (1).

La loi se borne à dire que les membres des conseils de surveillance cessent d'être responsables solidairement avec les gérants. En faveur de cette opinion on invoque deux arguments :

1° Chacun des membres du conseil de surveillance qui, par sa négligence, a laissé la Société se constituer irrégulièrement doit être responsable de la nullité pour le tout « parce que chacune des personnes qui ont participé au fait dommageable a causé la nullité pour le tout et que le nombre des coupables ne peut diminuer la responsabilité de chacun d'eux (2) ». « Unusquisque fraudis particeps auctor est » ;

(1) Lyon-Caen et Renault. N° 437, p. 230. — « La responsabilité des membres du Conseil est collective et partant solidaire dans ce cas, à la différence de ce qui a lieu ordinairement (cf. art. 9 al 2) ; mais la loi de 1867 a rejeté la solidarité du Conseil et du gérant qu'admettait la loi de 1856 et qui était exorbitante parce que le plus souvent il y a une très grande différence de gravité entre les fautes de l'un et celles de l'autre. »

(2) Colmet de Santerre. T. V, p. 28.

2° La différence des termes employés par l'art. 9, qui traite de la responsabilité que les membres du conseil de surveillance peuvent encourir pendant le fonctionnement de la Société et par l'art. 8 qui nous occupe. D'après l'art. 9, chaque membre du conseil de surveillance est responsable de ses fautes personnelles, c'est l'inverse de la solidarité ; l'art. 8 qui établit la responsabilité quand la Société est frappée de nullité dit simplement que les membres du premier conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables. Il existe une différence entre ces deux hypothèses : il y a solidarité dans la seconde et absence de solidarité dans la première.

Ce ne serait là, du reste, qu'un cas de solidarité imparfaite dérivant d'un quasi-délit civil indivisible et de l'impossibilité où l'on se trouve de déterminer la part qui doit incomber à chacun des codélinquants dans la responsabilité du fait dommageable et dans la réparation du préjudice causé.

La plupart des auteurs sans être aussi affirmatifs, admettent avec la jurisprudence que si, en principe, la responsabilité des membres du conseil de surveillance à raison des fautes qu'ils ont commises n'est pas solidaire, les tribunaux ont le pouvoir de prononcer la solidarité par application des règles du droit commun lorsqu'il s'agit d'un quasi-délit indivisible comme dans notre espèce (1).

(1) Cass., Req. 17 juillet 1876. D. 77 1. 135. — Pont. N° 1300. —

3° Après avoir établi la responsabilité des membres du conseil de surveillance, l'art. 8 décide que « la même responsabilité peut être prononcée contre *ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'art. 4 ci-dessus.* » La loi de 1856 contenait une disposition analogue : « La même responsabilité solidaire, disait-elle, peut être prononcée contre ceux des fondateurs de la Société qui ont fait un apport en nature ou au profit desquels ont été stipulés des avantages particuliers ».

Plusieurs observations doivent être faites sur ce paragraphe final de l'art. 8.

a) L'art. 7 de la loi de 1856 que nous venons de citer ne rendait responsables de la nullité de la Société, concurremment avec les membres du Conseil de surveillance, que ceux des fondateurs ayant fait un apport en nature ou ayant stipulé des avantages particuliers. Il fallait donc joindre à la qualité d'associé apporteur en nature ou créancier d'avantages particuliers celle de fondateur, pour encourir l'application de l'art. 7.

L'associé non fondateur ne pouvait être actionné

Mathieu et Bourguignat. N° 77. — Vavasseur. N° 677. — Alauzet. N° 478. — Sourdat. 1180-1181. — Boistel sous Cass., 12 févr. 1879. D. 79. 1. 281. — Ce dernier arrêt fait de l'obligation des membres du conseil de surveillance une obligation indivisible et elle tiendrait ce caractère de l'indivisibilité de sa cause, l'unité de faute, la faute indivisible. Mais cette indivisibilité ne rentrerait dans aucun des cas prévus par la loi dans les art. 1217, 1218 et 1221. De plus il résulte de l'esprit de la Loi que l'indivisibilité de l'obligation résulte de l'indivisibilité de son objet lequel objet est indivisible soit par sa nature, soit par la volonté des parties, et non de l'indivisibilité de sa cause.

qu'en vertu de l'art. 1382 du Code Civil (1). L'art. 8 de la loi de 1867 ne parle plus de fondateurs mais simplement d'associés : tous les associés qui ont fait des apports en nature ou stipulé des avantages particuliers, sans aucune exception, étant tenus de les soumettre à l'appro bation de l'assemblée générale, il est tout naturel qu'ils soient déclarés responsables s'ils n'ont pas obéi aux prescriptions de la loi, sans que l'on ait à rechercher s'ils sont fondateurs ou s'ils ne le sont pas. « Le danger auquel il fallait remédier, dit M. Bédarride, était non dans la qualité des personnes, mais dans l'exagération de la valeur des apports, dans le défaut absolu de proportion entre la rémunération exigée et les services qui en devenaient la cause » (1).

b) La comparaison de l'art. 7 al. final de la loi de 1856 et de l'art. 8 al. final de la loi de 1867 donne lieu à une seconde observation. La loi de 1856 imposait à ceux qui avaient fait un apport en nature ou avaient stipulé des avantages particuliers la même responsabilité solidaire qui pouvait être prononcée contre les gérants ou les membres du Conseil de surveillance. On avait conclu de la généralité des termes de l'art. 7 que ces personnes pouvaient être déclarées responsables non pas seulement dans le cas où elles n'auraient pas demandé à

(1) Cass., 6 juillet 1870. S. 71. 1. 80.
(2) Bédarride. N° 190.

l'assemblée générale l'approbation de leurs apports ou des avantages particuliers qu'elles prétendaient obtenir, mais encore dans le cas où la nullité de la Société aurait été encourue pour inobservation de l'une quelconque des conditions constitutives de la Société. La loi ne distingue pas, en effet, et puis, disait-on, l'assimilation entre les fondateurs que vise l'art. 7 et les membres du Conseil de surveillance peut se justifier : les fondateurs ont une influence particulière au point de vue de la constitution de la Société, ils doivent aussi tenir la main à ce que toutes les formalités légales soient observées ; et si elles n'ont pas été observées, la loi n'est pas injuste lorsqu'elle leur fait supporter les conséquences de toutes les infractions commises.

On avait protesté, au nom de la raison, contre cette interprétation qui rendait les fondateurs responsables d'actes auxquels ils n'avaient pas participé ou de fautes qui ne leur étaient pas imputables. Lorsqu'ils ont sollicité et obtenu l'approbation de l'Assemblée générale, ils ont fait tout ce que la loi leur ordonnait, leur responsabilité ne peut aller au-delà de ce que la loi exigeait d'eux. Mais le texte donnait au premier système la plus grande part de vraisemblance et lui fournissait un point d'appui bien solide (1).

(1) Duvergier, Lois. T. 56. Note sous l'art. 7 de la Loi de 1856. — Dalloz. N° 1246. V° Société. — Bédarride. N° 188.

La loi de 1867 a fait cesser tout dissentiment, en précisant que « la même responsabilité peut être prononcée contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auront pas été vérifiés et approuvés conformément à l'art. 4. » La responsabilité est donc limitée au cas de défaut de vérification ou d'approbation.

Les actionnaires souscripteurs en numéraire qui auraient contribué à la formation de la Société et auraient commis quelque irrégularité dans la constitution, pourraient encourir aussi une responsabilité si la Société était déclarée nulle, mais cette responsabilité serait basée uniquement sur l'art. 1382 C. C. (1).

Les membres du conseil de surveillance et les associés dont les apports étaient soumis à vérification, lorsqu'ils ont été condamnés à payer des dommages-intérêts à raison de l'annulation de la Société ont-ils un recours contre le gérant?

Pour les membres du conseil de surveillance on admet l'affirmative; ils n'avaient pas en effet à remplir les formalités constitutives de la Société, ce soin incombait au gérant. D'après l'art. 5, le conseil de surveillance doit être nommé immédiatement après la constitution définitive de la Société, c'est-à-dire alors que le gérant a déjà procédé à l'accomplissement des conditions diverses prescrites pour que la Société puisse régulièrement fonctionner: la mission du

(1) Cass., 6 juillet 1870. S. 71. 1. 80. — Cass., 14 août 1872. S. 73. 1. 215.

conseil de surveillance est une mission de vérification et de simple examen. S'il est déclaré responsable avec le gérant pour un manquement aux art. 1, 2, 3, 4, 5 de la loi, il ne doit pas, en définitive, subir une perte pour un acte ou pour une faute qui ne lui est pas imputable directement et qui est personnelle au gérant. Un recours est donc assuré aux membres du conseil de surveillance contre le gérant, de même qu'un recours est assuré à la caution qui a payé aux lieu et place du débiteur principal ; les tribunaux devraient le leur accorder ou le réserver dans le jugement qui statue sur leur responsabilité.

Quant aux associés qui devaient faire apprécier leurs apports en nature ou la cause des avantages particuliers qu'ils avaient stipulés, ils n'auront aucun recours à exercer contre le gérant ni contre les membres du conseil de surveillance qui auraient été déclarés responsables conjointement avec le gérant. La nullité de la Société a sa cause dans une faute qui leur est personnelle et dont les conséquences ne doivent pas être rejetées sur le gérant ou les membres du conseil de surveillance. S'ils ont commis une irrégularité qui leur cause un préjudice, ils ne peuvent s'en prendre à d'autres qu'à eux-mêmes (1).

Si l'on admet que les membres du conseil

(1) Aix, 13 août 1860. D. 60. 2. 223.

de surveillance peuvent être déclarés solidairement responsables avec ces actionnaires et le gérant, les membres du conseil de surveillance pourraient se retourner contre eux en vertu de l'art. 1216 C. C. la dette contractée solidairement ne concernant que quelques-uns des coobligés solidaires. Ces derniers seraient donc tenus de toute la dette vis-à-vis des autres qui ne seraient considérés par rapport à eux que comme cautions.

L'art. 180 de la *Loi allemande* déclare que les associés engagés personnellement sont solidairement responsables envers la Société de l'inaccomplissement des formalités légales.

Section II

Sociétés Anonymes

L'art. 42 qui pose le principe de la responsabilité dans les Sociétés anonymes vise trois classes de personnes. Il est ainsi conçu : « Lorsque la nullité de la Société ou des actes et délibérations a été prononcée aux termes de l'article précédent, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue sont responsables solidairement envers les tiers sans préjudice des droits des actionnaires. — La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des associés dont les

apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'art. 24. » En résumé, sont responsables : 1° les fondateurs ; 2° les administrateurs en fonctions au moment où la nullité a été encourue ; 3° les associés dont les apports ou les avantages n'ont pas été vérifiés conformément à l'art. 24.

1° *Les fondateurs.* — La nullité leur est imputable, ils devaient les premiers se mettre en règle avec la loi. Mais quel est le caractère distinctif qui permet de distinguer les fondateurs parmi les autres actionnaires? La question est assez délicate : nous allons essayer de la résoudre au moyen des travaux préparatoires et des décisions de la jurisprudence. L'art. 42 n'est que la reproduction de l'art. 25 de la loi du 23 mai 1863 sur les Sociétés à responsabilité limitée (nous aurons l'occasion de revenir sur ce point). Nous savons par l'exposé des motifs quel était dans cette dernière loi le sens du mot fondateur. « Le sens du mot *fondateur* n'est point déterminé par un texte formel, dit cet exposé. Mais, dans la pratique, personne ne se méprendra sur les personnes qu'il désigne. »

« Une Société, surtout une Société nombreuse, ne se forme point par le consentement spontané de tous ses membres ; l'idée première appartient toujours à une ou à quelques personnes qui après l'avoir mûrie, cherchent à la propager. Elles sollicitent et obtiennent des adhésions,

elles fondent véritablement la Société. — Le vœu de la loi est que les fondateurs soient associés. Le premier titre ne peut convenir qu'à ceux qui ont droit au second. Un individu qui par ses soins parviendrait à déterminer un certain nombre de capitalistes, de commerçants ou industriels à former une Société à laquelle il resterait étranger, ne serait qu'un agent, qu'un intermédiaire; on ne pourrait lui donner le titre de fondateur et considérer comme digne de quelque confiance, sa déclaration que le capital est souscrit en entier et que le quart a été versé (1). » Ce passage manque de précision et le texte de la loi de 1867 n'ayant pas été plus explicite que la loi de 1863, il importe de recourir aux solutions pratiques pour avoir une idée plus nette des personnes qui ont la qualité de fondateurs et que vise l'art. 42. Les juges ont sur ce point un large pouvoir d'appréciation.

Doit être réputé fondateur, celui qui a pris part à la fondation de l'entreprise et à tous les actes relatifs à la constitution de la Société, tels que ceux concernant la forme de l'association, la fixation du capital social, la durée de la Société, la création des actions, l'organisation des assemblées d'actionnaires, l'appel aux capitaux, leur destination et leur emploi et la rédaction des prospectus (2).

(1) Duvergier. — Coll. des Lois. T. 63, p. 353.

(2) Cassat., 24 Juin 1861. D. 61. 1. 435. — Paris. 28 mai, 1869. D. 69. 2. 147.

De même encore celui qui a pris une part active aux préliminaires de la constitution de la société qui en a conçu l'idée, qui en a préparé les statuts, qui a versé par anticipation des fonds pour l'achat du matériel d'exploitation, des machines destinées à l'industrie que les associés se proposaient d'exploiter, qui a sollicité et provoqué les souscriptions d'actions et qui a convoqué les actionnaires à son domicile pour y tenir une assemblée (1) ; l'administrateur qui a fait la déclaration prescrite par l'art. 24 (2).

Au contraire, ne devraient pas être considérés comme fondateurs : 1° les actionnaires, qui, dans une assemblée générale auraient concouru à la constatation des souscriptions et des versements qu'ils savaient être fictifs : ils seraient simplement responsables en vertu du droit commun de leur fait personnel et passibles de dommages intérêts ; 2° Ceux qui, postérieurement aux statuts, auraient fait avec le gérant des arrangements particuliers pour acquitter autrement

(1) Cass., 19 Oct. 1886. D. 87. 1. 344. — Amiens, 16 janv. 1875, S. 75. 2. 193.

(2) Lyon, 9 Février 1883. D. 83. 2. 113. — V. aussi Cass., 10 Janv. 1887, S. 87. 1. 374. — Cass., 9 Avril 1888, S. 88. 1. 207.

D'après la Loi Belge, lorsque la Société se constitue par un ou plusieurs actes authentiques auxquels comparaissent tous les associés en personne ou par porteurs de mandats authentiques ou privés les comparants à ces actes sont considérés comme fondateurs. Cependant il peut n'en être pas ainsi pour tous les comparants si les actes désignent comme fondateurs un ou plusieurs actionnaires possédant ensemble au moins un tiers du capital social, les autres comparants qui se bornent à souscrire des actions contre espèces sans recevoir aucun avantage particulier seront tenus pour simples souscripteurs (art. 30).

La loi belge ne détermine pas les personnes qui doivent être considérées comme fondateurs quand la Société a été constituée par souscription publique.

qu'en numéraire le montant des actions par eux souscrites (1) ; 3° Un associé ne saurait non plus être considéré comme fondateur par cela seul qu'il a pris part à la délibération qui a créé la Société (2).

Il est naturel que les fondateurs qui ont pris la plus grande part à la formation de la Société soient présumés en faute et soient déclarés responsables lorsque la constitution est irrégulière. On a essayé de soutenir en s'appuyant sur ce passage du texte de l'art. 42 « auxquels la nullité est imputable » qu'il pourrait y avoir des fondateurs non responsables, s'ils parvenaient à prouver que la nullité ne leur est pas imputable. Mais le texte est général, il s'applique à tous les fondateurs ; les mots de l'art 42 que l'on invoque n'y ont été placés que pour exprimer la présomption que la loi établit à l'encontre des fondateurs, et non pour les séparer en deux groupes qui pourraient être soumis suivant les circonstances chacun à un traitement différent.

Du reste, comment les fondateurs établiraient-ils que la nullité ne leur est pas imputable; ce serait bien difficile pour ne pas dire impossible, leur devoir est de se rendre compte par eux-mêmes de la régularité de la Société. S'ils ne l'ont pas fait et s'en sont rapportés à leurs collègues, par exemple, ils ont à se reprocher au moins une négligence qui serait

(1) Amiens, 16 janvier 1875. S. 75. 2. 193.
(2) Cass., 10 févr. 1885. S. 87. 1. 299.

un fondement suffisant à l'action en responsabilité (1).

La responsabilité des fondateurs est à la différence de celle des gérants et des membres des conseils de surveillance obligatoire et solidaire, sauf à être répartie entre eux au prorata du nombre de leurs actions, c'est-à-dire de leur intérêt dans l'affaire (2). Cependant d'après une autre opinion, le montant des condamnations prononcées doit être réparti proportionnellement à la part que chaque fondateur a prise au quasi délit qui a amené la nullité de la Société, l'autre mode de répartition étant obligatoire seulement dans le cas où la solidarité résulte de la convention (art. 1213), simplement facultatif dans le cas où la solidarité dérive d'un délit ou d'un quasi délit (3).

2° D'après certains auteurs, les fondateurs seuls seraient responsables de la nullité qui provient de l'inaccomplissement des conditions constitutives : les administrateurs auraient seulement à répondre de la nullité des actes accomplis et des délibérations prises pendant qu'ils sont en fonctions (4). — Mais on admet plus généralement que les *administrateurs* peuvent

(1) Lyon, 9 févr. 1883. D. 83. 2. 113.

(2) Bordeaux, 9 mars 1874. D. 77. 1. 49.

(3) Mathieu et Bourguignat. N° 244. — Alauzet. Comm. du C. de Com. T. 1, n° 557. — Dictionn. du Cont. Comm. Devilleneuve. Massé et Dutruc. V° Soc. N° 1308.

(4) Mathieu et Bourguignat. N° 243. — Alauzet. T. I, n° 556.— Sourdat. T. II, n° 1249.

être poursuivis à raison des mêmes irrégularités.

La loi dit : « Les administrateurs *en fonctions au moment où la nullité a été encourue.* » La responsabilité de l'art. 42 s'applique-t-elle à tous les administrateurs à quelque époque qu'ils aient été nommés, c'est-à-dire même à ceux qui ont été nommés par l'assemblée générale postérieurement à l'acte qui constate la souscription du capital social et le versement du quart du capital qui consiste en numéraire (art. 25 § 1), ou bien s'applique-t-elle seulement aux premiers administrateurs, désignés par les statuts avec stipulation formelle que leur nomination ne sera pas soumise à l'approbation de l'assemblée générale (art. 25 § 3) ? La question est vivement discutée. Nous pensons que la responsabilité s'applique à tous indistinctement.

Dans l'opinion adverse on objecte que les causes de nullité seront toujours antérieures à l'entrée en fonctions des administrateurs sauf le cas exceptionnel où ils auraient été nommés par les statuts : leur nomination est le dernier acte constitutif de la Société. Elle est postérieure à l'acte qui constate la souscription intégrale du capital social et le versement du quart du capital social qui consiste en numéraire. Comment, lorsque la nullité provient d'irrégularités commises avant leur entrée en fonctions, pourraient-ils être rendus responsables, puisqu'ils n'ont commis aucune faute et qu'ils n'ont pu participer

à celle des fondateurs. La loi se place non au moment où la nullité se produit mais au moment où elle a existé (1), or à ce moment, les administrateurs n'étaient pas encore en fonctions.

Au surplus, la loi n'impose pas aux administrateurs des Sociétés anonymes le même devoir qu'aux membres des Conseils de surveillance dans les Sociétés en commandite par actions. C'est l'Assemblée générale qui est chargée de vérifier si les conditions légales auxquelles est subordonnée la constitution de la Société ont été régulièrement accomplies ; les administrateurs ne sont tenus par aucune disposition légale de cette obligation, et rien encore ne peut leur être reproché à ce point de vue.

Pour répondre immédiatement à cette seconde partie de l'argument, disons que la responsabilité des administrateurs résulte virtuellement de l'art. 42, tout comme celle des fondateurs sur laquelle il n'y a pas discussion ; pas plus pour les uns que pour les autres, la loi n'a deux articles séparés établissant d'une part l'obligation, d'autre part la sanction. Il est vrai que l'Assemblée générale a reçu de la loi certains pouvoirs au point de vue de la vérification des conditions constitutives des Sociétés anonymes : mais ils sont bien délimités et ont trait *uniquement à la constatation de la sincérité de la déclaration des fondateurs.* Quant aux

(1) Lescœur. P. 195.

autres conditions, qui doit s'assurer qu'elles ont été accomplies par les fondateurs ? Personne, si l'on n'admet pas avec nous que les premiers administrateurs ont reçu de la loi cette mission.

Se peut-il que la loi ait été si imprévoyante en matière de Sociétés anonymes, alors qu'elle se montre si minutieuse et si sévère en matière de Sociétés en commandite par actions ? Même en ce qui concerne la vérification de la déclaration des fondateurs, il est permis de penser que les administrateurs devront intervenir.

La vérification par l'assemblée générale sera souvent illusoire et pour se convaincre de ce fait, il suffit de se rappeler que la première assemblée générale doit non seulement procéder à ce travail de vérification, mais encore nommer les administrateurs et choisir les commissaires de surveillance. Comment faire tant de choses sérieusement en si peu de temps ? Où trouvera-t-elle les renseignements et les indications qui lui sont nécessaires pour se livrer à un contrôle efficace ?

Mais comment répondre à la première partie de l'argument ? Est-il possible que la loi rende les administrateurs responsables d'une cause de nullité antérieure à leur entrée en fonctions ?

Reportons-nous à l'art. 42 : il nous dit que « lorsque la nullité de la Société ou des actes et délibérations a été prononcée aux termes de l'article précédent, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs *en*

fonctions au moment où elle a été encourue sont responsables solidairement envers les tiers.... » La question est donc de savoir si les administrateurs sont en fonctions au moment où la nullité de la Société est encourue. On dit : non, puisqu'ils ne sont nommés que postérieurement à l'acte qui constate la souscription du capital social et le versement du quart du capital en numéraire. C'est le dernier des actes constitutifs et la Société n'est constituée qu'après leur entrée en fonctions. — Il est vrai que la loi est plus explicite à l'égard des membres du conseil de surveillance (art. 6), mais la responsabilité des administrateurs ne nous paraît pas moins certaine. « Les administrateurs, disent MM. Lyon-Caen et Renault, commettent au moins un acte de grave négligence justifiant leur responsabilité quand ils acceptent leurs fonctions, et concourent ainsi à la création d'une Société irrégulière » (1).

Les administrateurs doivent s'assurer avant d'accepter leurs fonctions que la Société, à la tête de laquelle ils vont se trouver, a une existence légale. La nullité de la Société, en effet, a pour cause la *constitution* de la Société *avant* que toutes les conditions constitutives de la Société aient été remplies, souscription intégrale, versement du quart, etc., et non pas simplement le défaut de souscription intégrale, de versement

(1) Lyon-Caen et Renault. N° 472.

du quart, etc. Ce ne sont là, comme on l'a dit, que les germes de la nullité ; la Société ne peut être annulée avant d'être constituée ; or, la Société n'est constituée, dit l'art. 25, al. fin, qu'après l'acceptation par les administrateurs du mandat qui leur est conféré. C'est à ce moment seulement que la nullité, si elle existe, devient certaine et définitive. Il faut donc se placer au moment où la Société s'est fondée, établie, constituée et non au moment où l'irrégularité capable de vicier la constitution de la Société a pris naissance.

On oppose encore un argument historique. Dans le projet de loi qui fut soumis en 1865 au corps législatif, l'art. 41 était la reproduction textuelle de l'art. 24 de la loi de 1863. Cet article prévoyait deux classes de nullités : 1° les nullités pour inobservation des formalités constitutives ; 2° les nullités des actes et délibérations ayant pour objet la modification des statuts, etc., pour défaut de publicité. L'art. 42 qui a remplacé l'art. 25 visait comme l'art. 25 l'une et l'autre de ces dispositions et il déclarait responsables, aux termes du précédent art. 41 (ancien art. 24), les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où la nullité a été encourue. L'art. 42 comme l'art. 25 de la loi de 1863 statuait distributivement (1). Aux fondateurs revenait

(1) Duvergier. Coll. des Lois, 1863,

la responsabilité encourue pour vices de constitution, aux administrateurs la responsabilité qui sanctionnait la nullité résultant du défaut de publicité de certains actes et délibérations qui ont eu lieu pendant qu'ils étaient en fonctions.

Mais plus tard le législateur prit le parti de renvoyer dans un titre spécial toutes les dispositions qui concernaient la publicité et l'art. 41 fut modifié; on en retrancha la partie qui avait trait à la publication des actes et délibérations portant sur la modification des statuts pour en former l'art. 61. Mais l'art. 42 resta tel qu'il était, de sorte qu'il renvoie toujours à l'article précédent, qui annule les Sociétés anonymes lorsqu'elles sont atteintes d'un vice de constitution. On a conclu à tort de ce renvoi, que tous les administrateurs sont responsables de cette nullité. Les fondateurs et les administrateurs nommés par les statuts sont les seuls garants de la parfaite exécution de la loi. Les administrateurs qui ont été nommés par l'Assemblée générale postérieurement à l'accomplissement des conditions de constitution, n'auront à répondre que de la nullité des actes et délibérations dont parle l'art. 61, lorsque cette nullité aura été encourue pendant leurs fonctions.

Cet argument est certainement très sérieux, mais il faudrait prouver pour qu'il sorte son plein et entier effet, que l'art. 25 de la loi de 1863 statuait distinctement et distributivement;

le texte ne nous paraît pas suffisant pour nous faire accepter docilement cette affirmation (1). Il semble bien prouvé, au contraire, que le législateur de 1863 n'avait pas l'intention qu'on lui prête de dispenser les administrateurs de tout contrôle et de toute recherche sur la régularité de la constitution des Sociétés à responsabilité limitée et de la responsabilité qui dérive de la nullité.

Nous lisons, en effet, dans l'exposé des motifs : « Cette responsabilité résulte pour les administrateurs de leur qualité même et des devoirs qu'elle leur impose. Ils sont nommés aux termes de l'art. 8, aussitôt que la souscription totale du capital social et le versement du quart sont constatés dans la forme prescrite par le troisième paragraphe de l'art. 4. En entrant en fonctions leur premier soin doit être de vérifier si les dispositions des art. 3, 4, 5, 6, 7 et 8, ont été observées. Ils doivent ensuite remplir les formalités de publication conformément aux art. 9 et 10. Ce sont des devoirs dont l'accomplissement est facile et dont par conséquent l'inexécution n'est point excusable. Si ceux qui acceptent les fonctions d'administrateur ne les remplissent pas ou

(1) Art. 25. Loi du 23 mai 1863. — Lorsque la nullité de la Société ou des actes et délibérations a été prononcée, aux termes de l'art. 24 ci-dessus, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue sont responsables solidairement et par corps envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires.

La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'art. 5.

les remplissent mal, s'ils compromettent par là les intérêts des tiers ou ceux de leurs coassociés, il est juste qu'ils réparent le préjudice qu'a causé leur négligence (1) ».

N'était-ce pas la même pensée que M. Mathieu exprimait dans son rapport en 1865, lorsqu'il disait : « L'art. 42 impose la responsabilité qu'il prononce aux fondateurs auxquels elle est imputable et aux administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, les uns parce qu'elle est leur œuvre personnelle et directe, les autres, parce que pouvant l'empêcher, ils l'ont laissé commettre ; et par une conséquence légitime de cette *faute commune*, il prononce la solidarité contre tous envers les tiers qui peuvent en avoir souffert, sans préjudice du droit des actionnaires (2) ».

Cette faute commune dont parle le rapport, ne peut exister qu'au début de la Société, lorsqu'il s'agit de la constitution ; car dès que les administrateurs entrent en charge, les fondateurs se retirent. Si les administrateurs n'avaient à répondre que de la nullité des actes et délibérations, ils supporteraient les conséquences non pas d'une faute commune, mais bien d'une faute absolument et exclusivement personnelle.

Aussi la jurisprudence décide-t-elle que l'art. 42 établit cumulativement la responsabilité solidaire des fondateurs et des administrateurs et non

(1) Duvergier. Lois 1863.
(2) Sirey. Lois annotées, Vol. 1867-1873. Col. 3. 45

pas « la responsabilité respective des uns et des autres entre eux (1) ».

Les administrateurs sont responsables à l'exclusion des fondateurs du défaut de publication de l'acte de Société ou des actes et délibérations intervenus pendant le cours de l'existence de la Société (art. 61). Ceci ne peut faire doute : les administrateurs ont pris la place des fondateurs au jour de la constitution, et, par suite, la nullité n'est imputable qu'à eux seuls ; en effet, le délai d'un mois de l'art. 8 commence à courir du jour de la constitution de la Société, c'est-à-dire du jour où les administrateurs nommés par l'Assemblée ont accepté leurs fonctions (2).

3° *Les associés dont les apports ou les avantages n'ont pas été vérifiés et approuvés conformément à l'art. 24 :* la règle est la même que pour les Sociétés en commandite. Mais pour que ces associés soient déclarés responsables, il

(1) Mathieu et Bourguignat. N° 243.

Sic. — Paris, 28 mai 1869. D. 60. 2. 145. — Cet arrêt décide également que les administrateurs sont tenus de porter à la connaissance du public les différents actes par lesquels la Société s'est constituée. Que cette obligation implique le devoir pour eux de vérifier la régularité des actes dont il s'agit et qu'elle justifie les dispositions de l'art. 25 qui fait peser sur eux les conséquences de la nullité encourue pour inobservation des conditions auxquelles est subordonnée la constitution de la Société. — Cass., 27 janvier 1873. D. 73. 1. 331. — Cass., 13 mars 1876. D. 77. 1. 49. — Bédarride. N° 483. — Griolet. Note dans Dalloz 1869. 2. 145. — Vavasseur. N° 840-841. — Choppard. Revue Crit. 1878, p. 65. — Rousseau. N°s 1597, 1598, 1599. — Boistel. P. 316. — Contra : Montpellier, 5 février 1880. Pandectes Françaises. Répertoire V° administrateur des Sociétés anonymes. N° 348. — Mathieu et Bourguignat. N° 243. — Alauzet. N° 556. — Lescœur. N° 303. — Pont. N° 1293 et 1294.

(2) Mathieu et Bourguignat. N° 243. — Lescœur. N° 303. — Pont. N° 1294.

faut que la nullité provienne de l'absence de vérification et d'approbation : au contraire, les fondateurs sont toujours responsables, quelle que soit la cause de la nullité.

A ces différentes catégories de personnes responsables de la nullité de la Société, le nouveau projet de loi sur les Sociétés ajoute les Commissaires de surveillance. Par son article 16 il leur impose en effet l'obligation de vérifier immédiatement après leur nomination si toutes les dispositions concernant la constitution de la Société ont été observées. S'ils constatent l'inobservation de l'une ou de plusieurs de ces dispositions, ils doivent, avant qu'aucune opération sociale ait été commencée, mettre les administrateurs en demeure de s'y conformer, de convoquer à bref délai la réunion d'une assemblée générale à laquelle il sera rendu compte et demandé une approbation nouvelle ; dans ce cas la Société n'est définitivement constituée qu'après cette approbation.

Quel est le caractère de la responsabilité de l'art. 42 ?

Cette responsabilité est obligatoire et solidaire ; *solidaire,* les administrateurs succèdent aux fondateurs dont ils reprennent en quelque sorte le mandat, et l'on comprend qu'ils soient tenus solidairement avec eux. La responsabilité des administrateurs est également solidaire entre eux sans distinction entre ceux qui ont été nommés par les statuts et ceux qui ont été

désignés par l'assemblée générale ; *obligatoire*, les termes de l'art. 42 sont impératifs, les tribunaux ne sont donc pas libres de ne pas la prononcer, s'ils constatent que la nullité a pour cause une faute des fondateurs ou des administrateurs et qu'il y a dommage certain tant pour les tiers que pour les actionnaires.

Quelle est l'étendue de la responsabilité de l'art. 42 ?

Les fondateurs et les administrateurs sont responsables solidairement envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires. C'est ainsi que s'exprime l'art. 42.

A. A l'égard des actionnaires, la responsabilité est la même en matière de Sociétés anonymes qu'en matière de Sociétés en commandite, parce qu'elle a une base identique, le mandat. Les fondateurs et les administrateurs ne sont tenus envers les actionnaires que suivant les principes du droit commun, à raison des fautes qu'ils ont commises (1).

De là il résulte :

1° Que le préjudice causé aux actionnaires, doit résulter directement de la nullité de la Société, des infractions aux dispositions de la loi de 1867 (2).

(1) Cass., 27 mai 1873. D. 73. 1. 333. — Cass., 2 juillet 1873. D. 74. 1. 49.

(2) Paris, 28 avril 1887. Gaz. Pal. 87. 1. 652. — Paris, 24 nov. 1887. Gaz. Pal. 10 déc. 1887. — Lyon, 9 février 1883. D, 83. 2. 113. « La responsabilité ne dépend que de la faute commise du préjudice causé et de la relation existant entre la faute et le préjudice qui doit en être la suite immédiate et directe ». Cass., 3 juin 1885. D. 86. 1. 25 (2e esp.).

2° Les tribunaux pourront, faisant usage de leur pouvoir d'appréciation, proportionner la réparation du préjudice à la gravité de la faute. Ils feront entrer en ligne de compte certains faits, qui peuvent soit atténuer, soit même exclure la responsabilité comme la preuve de la connaissance par les associés des causes de nullité qui viciaient la constitution de la Société, la négligence des associés, la part que les associés ont prise aux actes qui ont été la source de la nullité, la preuve que le préjudice subi par les associés, résulte d'une faute postérieure à celle qui est invoquée comme la cause du dommage.

Les liquidateurs comme représentant la masse des actionnaires peuvent intenter l'action en responsabilité ; mais un ou plusieurs associés pourraient l'exercer séparément, s'ils devaient faire valoir un intérêt distinct, c'est-à-dire, s'ils devaient éprouver par suite de l'annulation un préjudice spécial, que ne subiraient pas leurs coassociés, par exemple, s'ils avaient acheté leurs actions à un taux supérieur au taux d'émission.

Bien que la nullité n'ait pas été prononcée à la requête des actionnaires, ceux-ci auront le droit de recourir contre les administrateurs si la nullité a été prononcée à la requête du syndic de la Société tombée en faillite (1).

(1) Cass., 11 nov. 1885. D. 88. 1. 59.

La réparation du préjudice causé, comporte-t-elle un maximum et un minimum qui ne pourraient être dépassés par les tribunaux ?

Un arrêt de la Cour de Paris du 5 août 1869 (1) a fixé l'importance de la perte subie par les actionnaires au montant du prix de l'action ou des actions par eux acquises avec cette restriction toutefois que cette somme n'excéderait pas le taux nominal de l'action ou de chacune des actions. Ainsi tel actionnaire a-t-il acheté son action au dessous du pair, il ne pourra obtenir que le prix qu'il a déboursé; l'a-t-il achetée au dessus du pair, il n'obtiendra que le montant nominal de l'action. Cette solution ne doit pas être généralisée.

La Cour de Cassation par arrêt du 30 décembre 1872 confirmant un arrêt de la Cour de Paris du 16 juillet 1869 a décidé que lorsque les actions ont été achetées au dessus du prix d'émission par suite de la prospérité de la Société et du crédit apparent dont elle jouissait, les administrateurs devront le remboursement intégral du prix d'achat (2). Le préjudice subi

(1) Paris, 5 août 1869. S. 70. 2. 34.

(2) Cass., 30 déc. 1872. D. 73. 1. 333. — Considérant, a dit la Cour de Paris.... que conformément aux principes du droit commun et aux prescriptions de l'art. 1382, il y a lieu de proportionner l'étendue de la responsabilité à l'importance du dommage souffert et à la gravité de la faute commise. Considérant qu'il est prouvé que X a acheté en avril 1869... cent actions qui lui ont été livrées entièrement libérées au prix de 520 francs, qu'il est constant qu'il n'aurait pas fait cette acquisition s'il n'avait pas cru à la sincérité de la déclaration des fondateurs attestant que le quart du capital en numéraire avait été versé et accordé confiance à la délibération de l'assemblée générale, constatant

par les actionnaires doit être considéré comme une suite immédiate et directe de la faute commise (comp. art. 1151 C. C.)

Cependant cette opinion est combattue par divers auteurs parce que, disent-ils, les administrateurs ne peuvent pas être responsables de toutes les manœuvres de bourse dues à la spéculation sur les titres. Les actionnaires ne doivent s'en prendre qu'à eux-mêmes si la baisse s'est produite sur les actions ; ils ont fait un marché aléatoire.

M. Laurin propose un second motif qui nous semble inadmissible. Suivant cet auteur, les administrateurs prennent la place de la Société, les dettes de la Société deviennent leurs dettes par suite de la faute qu'ils ont commise ; or la Société ne serait tenue que jusqu'à concurrence de la somme qu'elle a reçue (1). D'abord c'est une question très discutée que de savoir si les administrateurs prennent, en cas de nullité, la place de la Société. En second lieu il s'agit ici d'une dette personnelle aux administrateurs, qui provient de leur fait, et non d'une dette sociale.

B. La question est plus délicate lorsqu'il s'agit de déterminer la mesure de la responsabilité à l'égard des tiers.

Il s'agit de savoir, en effet, si les fondateurs

que la Société était définitivement constituée, que la Société est aujourd'hui en faillite et que le préjudice souffert par les appelants est manifeste et que l'importance doit en être fixée au montant des sommes par eux déboursées ».

(1) Laurin. Cours élém. de Droit commun, p. 281-282.

et les administrateurs sont responsables de la totalité des dettes sociales ou bien seulement jusqu'à concurrence du préjudice résultant de l'annulation, ou encore si la condamnation des fondateurs et des administrateurs va profiter à tous les créanciers sociaux indistinctement, ou bien seulement à ceux qui ont éprouvé un dommage.

La jurisprudence qui a adopté la première opinion et les partisans de son système invoquent d'abord les termes de l'art. 42 de la loi de 1867. Cet article déclare les fondateurs et les administrateurs « responsables ». Or, l'associé « responsable » n'est-il pas tenu de toutes les dettes sociales in infinitum ? — Que l'expression associé responsable signifie ordinairement associé tenu de tous les engagements sociaux, cela n'est pas contesté. Mais la loi ne dit pas que les fondateurs et les administrateurs deviennent associés responsables, c'est-à-dire responsables indéfiniment : elle dit simplement qu'ils sont responsables, ce qui est tout autre chose. Lorsqu'on est responsable d'un fait on est généralement responsable du préjudice causé par ce fait, mais rien que de ce préjudice : et les textes qui établissent une responsabilité doivent s'interpréter restrictivement. Il faudrait donc démontrer d'une façon absolument certaine et incontestable l'intention du législateur d'étendre la responsabilité des administrateurs.

On tire de la différence des termes employés par l'art. 42 selon qu'il vise les tiers ou les

actionnaires, et du rapprochement de deux articles 42 et 44, un second argument.

D'abord l'alinéa 1 de l'art. 42 établit pour les fondateurs et les administrateurs une responsabilité différente suivant qu'ils se trouvent en présence des tiers ou en présence des actionnaires, ils ne sont pas tenus de la même façon vis-à-vis des uns et des autres : l'art. 42 dispose en effet que les fondateurs et les administrateurs sont responsables solidairement envers les tiers et il ajoute immédiatement « sans préjudice des droits des actionnaires ». Il y a dans cette rédaction une allusion à l'étendue de la responsabilité. — Et cette idée se confirme si l'on rapproche l'art. 42 de l'art. 44. Aux termes de l'art. 44, les administrateurs sont responsables conformément aux règles du droit commun envers la Société et envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la loi, soit des fautes commises pendant leur gestion. Le législateur a eu en vue en écrivant ces articles, deux hypothèses différentes. Quand la Société est nulle par la faute des fondateurs et des administrateurs, ceux-ci sont responsables de toutes les dettes sociales ; quand, au cours de la Société et dans l'accomplissement de leurs fonctions, les administrateurs ont commis une faute qui cause un préjudice à la Société ou aux tiers, ils en doivent réparation par application des règles du droit commun.

Si l'art. 42 n'établit pas à la charge des fondateurs et des administrateurs une respon-

sabilité différente de celle qui résulte de l'art. 44, ces deux articles font double emploi.

Nous repoussons ce double argument.

En ce qui concerne spécialement l'art. 42, il n'a nullement pour but de déterminer la mesure de la responsabilité qu'il établit au profit des tiers et des actionnaires, de la limiter au préjudice causé à l'égard de ceux-ci, de la rendre indéfinie à l'égard des premiers. S'il réserve expressément les droits des actionnaires, c'est qu'on aurait pu les leur contester en disant par a contrario que si les administrateurs sont déclarés responsables à l'égard des tiers, à l'inverse ils ne le sont pas à l'égard des actionnaires, leurs coassociés; on aurait essayé d'établir à ce point de vue une différence entre les Sociétés anonymes et les Sociétés en commandite, dans lesquelles les membres du Conseil de surveillance sont aussi responsables du dommage résultant pour les actionnaires et pour les tiers du fait de l'annulation. Lorsque l'art. 42 réserve les droits des actionnaires, c'est comme s'il disait que les fondateurs et administrateurs sont responsables à l'égard des tiers *et à l'égard des actionnaires* : c'est le sens naturel de l'art. 42, c'est sa véritable interprétation.

En ce qui concerne l'argument tiré du rapprochement des articles 42 et 44, il ne serait pas si exorbitant d'admettre qu'il y a double emploi entre ces deux articles, vu les termes de l'art. 44 qui est on ne peut plus général; il

rend les administrateurs responsables « des infractions aux dispositions de la présente loi ». N'en est-il pas de même dans les articles 8 et 9 de la loi de 1867, qui prévoient la responsabilité du Conseil de surveillance.

Cependant, d'après M. Pont, l'art. 42 a son utilité particulière (1). L'art. 44 s'occupe spécialement et uniquement des administrateurs, qu'il déclare responsables des infractions aux dispositions de la loi et des fautes qu'ils commettent dans leur gestion. L'art. 42 s'applique à la fois aux administrateurs, aux fondateurs et aux associés qui ont fait des apports en nature ou qui ont stipulé des avantages particuliers, mais qui ne les ont pas fait approuver. Il a au moins son utilité quant à ces deux dernières classes de personnes. « Et puis, ajoute l'éminent auteur, même en ce qui concerne les administrateurs, on pourrait dire que les deux articles s'appliquent à des cas différents; que le premier édicte une responsabilité qui s'écarte du droit commun en ce qu'elle est nécessaire et solidaire, tandis que le second établit, à raison de faits moins graves, une responsabilité de droit commun dont le juge est maître, et qui est individuelle ou solidaire suivant les cas; qu'ainsi il n'est nullement besoin de voir la responsabilité indéfinie de toutes les dettes sociales dans le premier pour concevoir la coexistence des deux dispositions. »

(1) Pont. N° 1307, p. 370.

Le système de la jurisprudence repose sur le raisonnement suivant : « En matière commerciale, il est de principe que tout associé qui traite avec les tiers s'oblige personnellement. Si les administrateurs des Sociétés anonymes sont exonérés de cette responsabilité, c'est en vertu d'un texte précis et par suite d'une faveur particulière ; mais dans le cas où la Société n'a pas accompli les formalités exigées pour sa constitution et où la nullité est prononcée, il ne reste plus qu'une Société de fait régie par les règles du droit commun et dont les membres ne sauraient réclamer aucun privilège » (1). Chacun des administrateurs en commettant une faute, a fait siennes toutes les dettes futures de la Société.

Admettons pour un moment ce raisonnement.

Remarquons d'abord que l'art. 42 établit en même temps que la responsabilité des administrateurs, la responsabilité des fondateurs et des associés qui ont fait des apports en nature ou qui ont stipulé des avantages particuliers, mais n'ont pas demandé l'approbation de l'assemblée générale.

Si la responsabilité des uns est solidaire et indéfinie, il doit en être de même de celle des autres, l'art. 42 ne faisant pas de distinction. En admettant qu'il existât, le principe que tout associé qui traite avec les tiers, s'oblige per-

(1) Paris, 28 mai 1869. D. 69. 2. 145. — Bordeaux, 9 mars 1874 sous Cass., 13 mars 1876. S. 76. 1. 361.

sonnellement, ne serait cependant pas applicable aux fondateurs et à la catégorie spéciale d'associés reprise dans l'art. 42, puisqu'ils ne gèrent pas, puisqu'ils ne traitent pas avec les tiers. Comment, dès lors, deux responsabilités si différentes, pourraient-elles résulter du même article, de la même phrase, des mêmes expressions? Donc l'argument ne vaut pas à l'égard des fondateurs.

D'ailleurs, spécialement pour les administrateurs, on ne trouve nulle part exprimé un principe de droit commun qui, en matière de commerce, rendrait les associés responsables solidairement et indéfiniment des dettes sociales, même lorsqu'ils ont pris part à la gestion, sauf dispense dans quelques cas privilégiés, limitativement indiqués par la loi. On a beau dire que les administrateurs personnifiant la Société, ne jouissent de la faveur de la responsabilité qu'à une condition : l'existence légale de l'être moral société; que si cette condition fait défaut, ils doivent être tenus comme associés en nom collectif (1). Ce n'est là qu'une affirmation sans preuves. On en revient toujours au même point : En vertu de quel principe les administrateurs seraient-ils substitués à la Société ?

« Vis-à-vis des créanciers, dit-on, l'art. 42 a édicté une responsabilité indéfinie de tout le

(1) Cass., 16 janv. 1878. J. des Trib. de Comm. 1879, p 112. — Cass., 25 févr. 1879. S. 81. 1. 441.

passif, parce que l'être moral ayant disparu, il ne subsiste plus que les personnes qui ont essayé de lui donner naissance et dont la faute ou la négligence l'a empêché de naître valablement. Elles ont, en effet, établi entre elles un lien de droit qui a formé une association de fait. Si cette association a contracté à son tour des engagements avec des tiers, elle est moralement et directement responsable des pertes qui ont pu en résulter ; or, cette association ne comprend que les fondateurs administrateurs gérants de fait. Donc ils doivent supporter la responsabilité de toutes les pertes, c'est-à-dire du passif social » (1).

C'est ainsi qu'on paraphrase ce considérant souvent reproduit dans les arrêts. « Les fondateurs et administrateurs sont substitués à l'être moral qui, par leur faute ou leur négligence, est reconnu n'avoir pas d'existence légale et sont tenus des mêmes obligations » (2).

L'argument ainsi présenté dans la première des deux citations que nous venons de faire, ne peut s'appliquer aux fondateurs qui n'ont pas été nommés par les statuts ou par l'assemblée générale, administrateurs de la Société.

En second lieu, les administrateurs n'ont pris vis-à-vis des tiers aucun engagement contractuel ni direct, ni subsidiaire en leur nom personnel.

(1) Note dans Dalloz sous arrêt de Lyon, 9 fév. 1883. D. 83. 2. 113.

(2) Paris, 28 mai 1869. D. 69. 2. 145. — Cass., 27 janvier 1873. D. 73. 1. 331. — Req., 2 juillet 1873. D. 74. 1. 49. — Cass., 13 mars 1877. D. 77. 1. 49.

Ils ont contracté au nom de la Société et n'ont jamais voulu s'obliger eux-mêmes.

Qu'est-ce que cette association de fait qu'on suppose entre les administrateurs, « association qui ne comprend que les fondateurs administrateurs, gérants de fait » ? Quel est le lien de droit qui pourrait les unir si ce n'est la faute commune ? Cette faute justifie bien la solidarité qui existe entre eux, mais elle ne saurait les rendre responsables de tout le passif social, en l'absence d'un texte formel et précis. On met à leur charge une responsabilité solidaire et illimitée, indépendante de toute faute personnelle puisqu'elle s'étend à toutes les dettes de la Société, alors même que l'insolvabilité de celle-ci résulte d'une autre cause que de son annulation, mais en vertu de quel texte ? Nous nous refusons à croire que la seule qualité d'administrateur d'une Société anonyme dont serait investie une personne, puisse produire de semblables effets sur son patrimoine.

La loi n'a pas établi une espèce de Société type, sous le régime de laquelle la Société annulée ou les administrateurs de la Société annulée se trouveraient placés comme formant une Société de fait. La Société anonyme et la Société en commandite par actions ne sont pas considérées comme l'exception, alors que la Société en nom collectif, dans laquelle les associés sont tenus personnellement et solidairement de toutes les dettes sociales, serait la règle. La loi a consacré

plusieurs formes de Sociétés que les intéressés sont libres d'adopter, chacune d'elles a ses caractères distinctifs et ses règles particulières.

Quand la Société est atteinte d'un vice de constitution qui est de nature à en faire prononcer la nullité, nous avons vu que les tiers ont un double droit : ou bien tenir la Société pour valablement constituée, la nullité de la Société ne leur étant pas opposable ; ou bien demander eux-mêmes la nullité contre les associés.

Mais s'ils demandent la nullité, ils ne peuvent transformer la Société, la dénaturer : ils ne peuvent pas considérer la Société comme n'ayant jamais existé à l'égard des associés, et la maintenir, en en modifiant le caractère, *entre les administrateurs*, afin de mettre à leur charge une responsabilité personnelle, directe et indéfinie. On comprend l'existence d'une Société de fait et l'application du pacte social entre les associés qui, par leur souscription, se sont engagés les uns vis-à-vis des autres, lorsqu'il s'agit de la liquidation de la Société. Mais on doit refuser aux créanciers le droit d'invoquer une Société de fait en nom collectif *entre les administrateurs*. Cette supposition d'une association de fait ne repose sur aucun principe juridique.

Supposé maintenant que la nullité de la Société ait été prononcée à la requête des associés ; les créanciers ou plus généralement

les tiers la considèrent comme valable. La Société est donc nulle à l'égard des actionnaires, valable à l'égard des tiers. Mais la jurisprudence déclare les administrateurs responsables indéfiniment de toutes les dettes sociales à l'égard de ces mêmes tiers, comme si la Société n'était pas valable du tout ni à l'égard de qui que ce soit. Il y a là deux idées contradictoires et inconciliables (1).

Doit-on attacher plus d'importance à l'argument tiré de l'origine de l'art. 42 ?

Elle remonte à l'art. 25 de la loi de 1863.

D'après l'art. 7 de la Loi de 1856 toujours en application en 1863 les membres du conseil de surveillance dans les Sociétés en commandite par actions étaient responsables de tout le passif social, de toutes les opérations faites postérieurement à leur nomination, lorsque la Société

(1) En définitive la jurisprudence en posant le principe que les administrateurs responsables doivent être condamnés au paiement de la totalité des dettes sociales se trompe sur la portée véritable de la loi. Car elle transporte ainsi les règles de la Société en nom collectif au milieu des règles qui régissent les Sociétés anonymes et qui s'appliquent avant tout aux associations de capitaux. Ce sont ces capitaux que les tiers ont considérés pour contracter, on peut même dire que c'est avec eux qu'ils ont traité. Malgré la nullité de la Société ces capitaux n'en restent pas moins le gage commun des créanciers. Donc, il s'agit maintenant de voir comment s'est produite la diminution du gage commun. Cette diminution est-elle le résultat de ce fait que la Société est entachée de nullité ? Alors les administrateurs doivent être responsables en proportion de la gravité de la faute par eux commise et de l'étendue du préjudice subi par les tiers. Au contraire, cette diminution a-t-elle une autre cause ? Les capitaux qui servent de garantie aux tiers auraient-ils été perdus dans les mêmes proportions si la Société avait été régulièrement fondée ? Alors les tiers n'ont pas à se plaindre et les administrateurs ne seront pas responsables envers eux, au moins de ce chef ». (Pandectes Françaises. V° Administrateur des Sociétés anonymes, N° 417).

était déclarée nulle. On ne pouvait se montrer moins rigide à l'égard des administrateurs des Sociétés à responsabilité limitée ; on devait rationnellement leur imposer une responsabilité au moins égale à celle des membres des conseils de surveillance, et c'est ce que faisait l'art. 12 du projet ainsi conçu : « Les administrateurs sont solidairement responsables envers les tiers de la totalité des dettes sociales, sans préjudice des droits des actionnaires. » Sur une observation du rapporteur, qui demanda que la responsabilité ne fût pas limitée aux administrateurs et qu'elle fût étendue aux fondateurs, sous la condition pour les uns et les autres que la nullité leur fût imputable, l'art. 12 du projet fut renvoyé à la commission et il revint devant le Corps Législatif modifié et amoindri ; on n'y rencontrait plus les mots « de la totalité des dettes sociales. » On ne connaît point les motifs de cette suppression, mais tout porte à croire qu'elle n'a pas été intentionnelle. La modification de l'art. 12 du projet a dû porter uniquement sur les personnes passibles de responsabilité et non sur l'étendue de cette responsabilité ; car, si l'on avait eu l'intention de la restreindre et d'appliquer le droit commun, il serait au moins resté quelques traces de la discussion qui aurait amené ce changement, et il n'en existe nulle part ! La responsabilité indéfinie mise à la charge des administrateurs s'imposait d'autant plus à l'époque, que les administrateurs ne font, en définitive, que supporter les consé-

quences d'une faute qu'ils ont commise eux-mêmes, tandis que les membres du conseil de surveillance soumis à la même responsabilité sous le régime de la loi de 1856 ne méritent qu'un reproche bien moins grave, celui d'avoir laissé fonctionner la société irrégulièrement constituée ; ils ne sont pas les auteurs directs du dommage. Il y aurait eu inconséquence de la part du législateur, à faire peser sur les administrateurs une charge moins lourde que sur les membres des conseils de surveillance. Les administrateurs devaient donc être considérés comme tenus in infinitum en vertu de l'art. 25 de la loi de 1863, ancien article 12 du projet. L'article 42 de la loi du 24 juillet 1867 n'étant que la reproduction de l'art. 25 de la loi de 1863 doit avoir la même portée, les mêmes expressions ne peuvent avoir dans la loi de 1867 un sens différent de celui qu'elles avaient dans la loi de 1863.

Nous croyons que notre art. 42 pas plus que l'art. 25 de la loi de 1863 ne comporte cette interprétation extensive. Il nous paraît bien difficile de croire que les mots « de la totalité des dettes sociales » ont disparu sans motif de l'art. 25 de la loi de 1863 ; par suite d'une inadvertance, on ne peut raisonnablement le supposer ; d'autre part, la meilleure preuve qu'ils n'auraient pas été inutiles, c'est que leur absence dans l'art. 25 et dans l'art. 42 a donné lieu à la présente discussion. Et le législateur de 1867 aurait eu la même négligence, ou

aurait commis la même erreur que le législateur de 1863!

Le fait simple et brutal, est que ces mots importants ne se trouvent plus ni dans l'un ni dans l'autre article, et il nous paraît impossible de les leur restituer. On ne pouvait, même sous l'empire de la loi de 1863, en l'absence d'une disposition formelle, étendre d'un cas à un autre une responsabilité aussi large et aussi grave que celle de l'art. 7 de la loi de 1856.

La loi de 1856 était d'une sévérité vraiment excessive et la réaction se faisait déjà fortement sentir à l'époque de la rédaction de l'art 25. En faisant disparaître ces mots de la totalité des dettes sociales » de l'art. 25 et en n'y laissant subsister qu'une simple mention de responsabilité, le législateur, bien loin de maintenir la rigueur des lois antérieures et bien loin de l'aggraver, a voulu mitiger la peine dont il frappait les administrateurs.

C'était bien dans les idées du temps ; n'est-ce pas à la même époque qu'intervint une loi du 16 mai 1863, restreignant la responsabilité des articles 27 et 28 du Code de Commerce en cas d'immixtion des commanditaires dans la gestion? — La responsabilité de l'art. 42 est donc la responsabilité de droit commun.

D'ailleurs, le défaut de concordance qui aurait pu exister en apparence entre l'art. 7 de la loi de 1856 et l'art. 25 de la loi de 1863, si ces

articles établissaient, comme nous le prétendons, une responsabilité différente à la charge des administrateurs et des membres des conseils de surveillance, a disparu dans la loi plus générale de 1867; car l'art. 8 de cette loi a atténué la responsabilité des membres des conseils de surveillance et l'a limitée au dommage résultant de l'annulation de la Société. Ce que le législateur a fait en 1867 pour les membres des conseils de surveillance, il l'avait fait en 1863 pour les administrateurs. En 1867, il n'avait qu'à maintenir pour ces mêmes administrateurs l'état de choses qu'il avait fondé quatre ans auparavant.

« Enfin, autre remarque, ajoute M. Boistel, l'art. 42 vise aussi la nullité des actes et délibérations de l'art. 61, al. 2; admettrait-on que si l'on a négligé de publier une légère modification aux statuts, les administrateurs vont par ce seul fait être responsables in infinitum de toutes les dettes sociales? Il le faudrait pourtant, car le mot responsables solidairement tombe sur toutes les hypothèses » (1).

Que résulte-t-il encore du système de la jurisprudence ? C'est que les administrateurs, prenant la place de la Société annulée et endossant ses obligations, ils ne sont tenus que jusqu'à concurrence des engagements sociaux, sans pouvoir être tenus en vertu de l'art. 42 d'aucuns dommages intérêts.

(1) Boistel, p. 218.

Que faut-il conclure de cette discussion ?

C'est que l'art. 42 qui ne précise rien en ce qui concerne l'étendue de la responsabilité des fondateurs ou administrateurs envers les tiers, ne déroge pas au droit commun, et cela est bien conforme à l'équité. Peut-on raisonnablement forcer les administrateurs à payer tous les créanciers de la Société, alors même que la ruine de la Société provient d'autres causes que de la nullité ? Se pourrait-il que le législateur établît une exception aussi exorbitante à la théorie de la prestation des fautes, et que la réparation fût en pareille disproportion avec la faute commise ? Non. La responsabilité ne peut dépasser le dommage, voilà sa mesure, voilà son étendue, les fondateurs et les administrateurs à qui l'on peut reprocher de n'avoir pas veillé à la constitution régulière de la Société, sont tenus en vertu du principe général des art. 1382, 1383. S'il est prouvé que la nullité, en arrêtant les opérations sociales et en les rendant impossibles pour l'avenir, a tari les ressources de la Société et l'a empêchée de tenir ses engagements ; si, en un mot, le préjudice éprouvé par les tiers a eu pour cause la nullité de la Société, les administrateurs et les fondateurs devront en fournir réparation ; mais s'il est prouvé que la ruine de la Société, au lieu d'être une conséquence du défaut de souscription intégrale, du non-versement du quart, etc., provient de fautes de gestion ou de direction, qui n'ont pas été invoquées dans la demande, ou des dilapi-

dations des agents de la Société, s'il est prouvé que l'irrégularité n'a pu être connue des administrateurs, si le préjudice provient d'une faute, même se rattachant à la constitution, mais différente de celle qui est invoquée comme la cause du dommage, l'action en responsabilité même intentée par les tiers créanciers, doit être déclarée non-recevable, parce que la perte subie dans ces circonstances n'est pas une suite de la faute des fondateurs et des administrateurs. On peut faire une objection et dire que si les fondateurs et les administrateurs avaient retardé le commencement des opérations sociales jusqu'au moment où la Société aurait été régulièrement constituée, les tiers n'auraient pas traité avec elle et nécessairement seraient restés indemnes puisqu'ils auraient été absolument désintéressés ; que les fondateurs et les administrateurs, auteurs du préjudice, doivent en supporter les conséquences parce que les tiers n'auraient pu entrer en relations avec la Société, si la Société, irrégulièrement constituée, n'avait pas fonctionné ; que si la Société n'exécute pas ses obligations, ils en sont tenus à son lieu et place. Mais il ne faut pas oublier que l'auteur d'un délit ou d'un quasi délit est tenu seulement à réparer le dommage qui est une suite immédiate et directe de la faute.

Or, on ne peut dire qu'il en est ainsi dans l'hypothèse (1). Le créancier qui invoquerait un

(1) Sourdat. Nos 42, 405, 449, 462, 690. — Larombière. No 26.

préjudice subi par la faute des fondateurs et administrateurs devrait en fournir la preuve.

Après avoir essayé de déterminer le principe de la responsabilité de l'art. 42 et quelle est sa mesure, il nous reste à le justifier par deux considérations auxquelles nous pourrions ajouter toutes les raisons qui nous ont servi à combattre le système de la jurisprudence.

a) Rapprochons l'art. 8 de l'art. 42. Dans son premier alinéa, l'art. 8 déclare que, dans le cas où la Société est annulée pour vice de constitution, les membres du Conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables du dommage résultant pour la Société ou pour les tiers de l'annulation de la Société, c'est l'application du droit commun. D'après le deuxième alinéa « la même responsabilité pourra être prononcée contre ceux des associés dont les apports en nature n'ont pas été vérifiés ou approuvés conformément à la loi. » L'alinéa 2 de l'art. 42 est conçu d'une façon presque identique « La même responsabilité solidaire (que celle des fondateurs et administrateurs) peut être prononcée contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auront pas été vérifiés ou approuvés conformément à l'art. 24. » Comme on le voit ces deux alinéas de l'art. 8 et de l'art. 42 sont presque copiés l'un sur l'autre, cette constatation toute matérielle étant faite, nous disons que les associés qui ont fait des apports en nature non approuvés, qui se trouvent dans la même situation et qui ont commis la

même faute doivent être soumis à la même responsabilité, la nature de la Société à laquelle ils appartiennent, en commandite ou anonyme, ne peut avoir pour effet de limiter leur responsabilité d'un côté, et de l'autre de l'étendre in infinitum. Il faudrait supposer chez le législateur un manque absolu de logique et de raison ; leur responsabilité doit être identique, parce que, les uns comme les autres, ils font partie d'une Société *par actions*, à laquelle ils ont fait un apport d'une nature spéciale ou dans laquelle ils ont stipulé un avantage paaticulier. Il en résulte que, la responsabilité étant limitée dans l'art. 8 pour toutes les personnes citées dans cet article, elle doit être limitée également dans l'art. 42.

La responsabilité des apporteurs en nature dans la Société anonyme est la même que celle des apporteurs en nature dans la Société en commandite. La responsabilité des apporteurs en nature dans la commandite est la même que la responsabilité des membres du conseil de surveillance, laquelle est limitée. D'où il suit que la responsabilité des apporteurs en nature dans la Société anonyme qui est limitée, étant identique au point de vue de son étendue, à celle des fondateurs et administrateurs, la responsabilité des fondateurs et administrateurs doit aussi être limitée (1).

(1) Note sous Cass., 13 mars 1876. S. 76. 1. 361.

Terminons cette trop longue discussion par cette remarque. Il n'est pas possible que les fondateurs et administrateurs d'une Société nulle, soient tenus dans tous les cas de la totalité des dettes sociales, « sans quoi il faudrait dire que mieux vaudrait pour les tiers traiter avec une Société anonyme viciée dans sa constitution, qu'avec une Société régulièrement constituée, puisque dans ce dernier cas, ils auraient seulement le capital social en garantie de leurs créances tandis que dans le premier, ils auraient pour gage, outre le capital social, la fortune personnelle de tous ceux à qui les nullités pourraient être imputées. » En fait et au point de vue de la responsabilité, il n'y aurait plus de différence, entre les gérants des Sociétés en commandite et les administrateurs des Sociétés anonymes. Pour les uns, comme pour les autres, la responsabilité serait illimitée.

Les tiers n'auront donc le droit de poursuivre les fondateurs et les administrateurs que pour le préjudice qu'ils auront réellement éprouvé et dont l'appréciation sera laissée aux tribunaux. Les fondateurs et les administrateurs pourront, dans un cas, être tenus de toutes les dettes sociales : c'est lorsque la nullité provenant d'un vice de constitution a été la cause directe de l'insolvabilité de la Société. Mais en toute autre hypothèse, ils ne répondent pas personnellement des engagements de la Société, les créanciers agiront sur l'actif social. C'est, en effet, une

règle de justice et d'équité, que l'auteur d'une faute n'est tenu que du préjudice causé et que ce préjudice sert de mesure à sa responsabilité.

C'est ce que décide avec raison l'art. 41 du nouveau projet de loi, sur les Sociétés, voté par le Sénat : « Lorsque la nullité de la Société a été prononcée pour la violation des prescriptions imposées aux fondateurs par la présente loi, ceux-ci sont solidairement responsables à l'égard des tiers ou des actionnaires du dommage résultant de cette annulation. La même responsabilité solidaire peut être appliquée contre les administrateurs en fonctions au moment où la nullité a été encourue, contre les commissaires qui n'ont pas procédé à la vérification prescrite par l'art. 16 et contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'ont pas été vérifiés ou approuvés conformément aux art. 10, 11 et 13.

Envers quelles personnes la responsabilité est-elle encourue ? A quelles personnes profite-t-elle ?

Si l'on admet le système de la jurisprudence, la responsabilité est encourue envers les créanciers de la Société, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre ceux qui ont eu à subir une perte par suite de la nullité et ceux qui, par suite d'une imprudence, se seraient exposés eux-mêmes et à bon escient. Tous les créanciers qu'ils aient connu ou non la cause de

nullité, qu'ils aient pris part ou non aux actes qui l'ont entraînée, pourraient exercer contre les fondateurs ou les administrateurs l'action en responsabilité (1), la responsabilité de l'article 42 emportant l'obligation pour ces personnes d'acquitter toutes les dettes de la Société (2).

Au contraire, d'après le système que nous avons admis la responsabilité ayant pour base la faute des fondateurs et des administrateurs, et pour objet la réparation du préjudice causé, il faudra tenir compte des distinctions que nous venons d'indiquer. Ceux qui prouveront le tort qui leur est causé, pourvu qu'ils ne se soient pas exposés volontairement au dommage, qu'ils n'aient pas connu la nullité, qu'ils n'aient pas pris part aux actes qui en ont été la source, seront seuls admis à poursuivre les fondateurs et les administrateurs (3).

(1) Paris, 28 mai 1869. D. 69. 2. 145.

(2) Trib. Comm. Grenoble, 3 février 1882. Gaz. Pal. 82. 2. 421.

(3) En notre sens : Mathieu et Bourguignat. N° 244. — Duvergier. Lois 1863. p. 387. — Sourdat. T. II, n° 1250. — Alauzet. T. II, n° 759. — Vavasseur. N° 846 et suiv. — Lescœur. N° 307. — Pont. T. II, n° 1306, 1307. — Boistel. P. 216, 217.

Contra : Lyon-Caen et Renault. N° 473. — Bédarride, T. II, n° 478. — Rousseau. Quest. nouv. P. 115. — Rivière. N° 274. — Choppard. Rev. Crit. 1878, p. 65. — Ruben de Couder. V° Soc. anon. N° 450. — Griolet. Note sous Cass., 27 janv. 1873. D. 73. 1. 331.

Paris, 28 mai 1869. D. 69. 2. 145. — Cass., 27 janv. 1873. D. 73. 1. 331. — Req., 2 juillet 1873. D. 74. 1. 149. — Bordeaux, 9 mars 1874. D. 77. 1. 53. — Cass , 13 mars 1876. D. 77. 1. 49. Req. 13 nov. 1876. D. 78. 1. 6. — 14 nov. 1876, ibid. — Paris, 9 avril 1878 et Req. 25 février 1879. D. 80. 1 20. — Douai, 2 juillet 1879. — Paris, 13 janv. 1882. Le Droit 28 sept. 1882. D. 83. 2. 113. — Lyon, 9 février 1883. D. 83. 2. 73. — Paris, 27 déc. 1883. D. 85. 2. 222. — Cass. 8 juillet 1885. Gaz. Pal. 85. 2. 169. — Paris, 8 janvier 1886. D. 86. 2. 116. — Paris, 28 avril 1887.

Les juges useront de leur pouvoir discrétionnaire pour répartir la réparation entre les parties, proportionnellement à la part qu'elles ont prise à la faute, à la gravité de celle-ci et à l'importance du préjudice causé.

Quand plusieurs des fondateurs ou des administrateurs ont été déclarés responsables, ils ont un droit de recours contre les autres pour leur faire supporter leur part dans la condamnation qui est une suite de leur faute collective (1).

Législations Étrangères

Loi belge. — Art. 34. — Les fondateurs sont tenus solidairement envers les intéressés et malgré toute stipulation contraire : 1° de tous les engagements sociaux contractés jusqu'à ce que la Société ait sept membres au moins ; 2° de toute la partie du capital qui ne serait pas valablement souscrite ; ils en sont de plein droit réputés souscripteurs ; 3° de la libération effective des actions jusqu'à concurrence d'un dixième ; 4° de la réparation du préjudice qui est une suite immédiate et directe, soit de la nullité de la Société dérivant de l'inobservation de l'art. 4, soit de l'absence ou de la fausseté des énonciations prescrites par l'art. 31 dans les souscriptions.....

Dans le cas où les fondateurs sont responsables de la nullité de la Société, ils ne sont

(1) Paris, 10 juillet 1884. Gaz. Pal. 25 oct. 1885. — Toulouse, 28 novembre 1883.

pas tenus de toutes les dettes sociales, puisqu'ils sont tenus simplement du préjudice qui est une suite immédiate et directe de la nullité.

Loi allemande. — Art. 213 a. — Les fondateurs sont responsables en cas d'irrégularités commises lors de la fondation de la Société.

Art. 213 c. — Les membres de la direction et du Conseil de surveillance sont responsables subsidiairement envers la Société à défaut des personnes mentionnées dans les deux paragraphes précédents, si l'on peut prouver qu'en procédant à la vérification qui leur est prescrite par l'art. 209 h, ils n'ont pas fait preuve de la diligence d'un homme d'affaires soigneux.

Loi italienne. — La Société n'est légalement constituée que lorsque toutes les formalités prescrites par la loi y compris les formalités de publicité ont été remplies. Jusqu'à la constitution, les associés, les promoteurs, les administrateurs et tous ceux qui contractent au nom de cette Société sont solidairement responsables des obligations contractées au nom de la Société. S'il n'y a pas eu d'acte écrit, ou si les formalités de publicité n'ont pas été remplies, les souscripteurs peuvent demander l'annulation de leur engagement, si dans les trois mois qui suivent l'ordonnance du Tribunal civil la publication n'a pas été faite. Le défaut de publication n'est pas opposable aux tiers par les associés.

Loi suisse. — Le contrat de Société doit être inscrit sur le registre du commerce. Ceux qui ont agi au nom de la Société avant que l'inscription ait été opérée sont personnellement et solidairement responsables. Cependant les obligations qui ont été contractées expressément au nom de la Société anonyme en formation peuvent être acceptées par elle après sa constitution, dans les trois mois, à dater de son inscription sur le registre du commerce. Dans ce cas, le créancier est tenu de reconnaître la Société comme son seul débiteur (art. 623).

CHAPITRE DEUXIÈME

Sanctions Pénales

La loi ne s'est pas contentée de sanctionner les prescriptions qu'elle a établies pour la constitution des Sociétés par actions, par la nullité et par des responsabilités qui atteignent les fondateurs, les gérants ou les administrateurs; à côté de ces sanctions purement civiles, elle a placé des sanctions pénales pour réprimer les fautes ou les négligences de tous ceux qui étaient tenus de les accomplir ou de veiller à leur accomplissement. La loi de 1867 n'a fait que suivre la tradition des lois de 1856 sur les Sociétés en commandite par actions (art. 11 et suiv.) et de 1863 sur les Sociétés à responsabilité limitée (art. 29 et suiv.). On a critiqué cette union dans la loi de dispositions répressives aux dispositions civiles : on a prétendu que tout ce qui était du domaine répressif devrait être renvoyé au Code Pénal sous prétexte qu'une loi sur les Sociétés commerciales est un appel à la confiance et que c'est aller contre son but que d'y introduire sous le titre de contraventions et de délits, le soupçon et la méfiance (1).

(1) Rapport de la Comm. — Mathieu et Bourguignat. Eléments du Commentaire, p. 342.

Ce rapprochement paraît, au contraire, nécessaire. « La peine placée à côté de l'obligation, dit le rapporteur de la commission, donne à celle-ci une autorité nouvelle et en garantit mieux l'observation » (1). Au lieu d'appeler le soupçon et la méfiance, les dispositions pénales doivent augmenter la sécurité pour les intérêts privés que la loi ne peut prendre plus directement ni plus efficacement sous sa sauvegarde.

Les faits que le législateur de 1867 a cru devoir réprimer et les sanctions pénales qui leur sont attachées sont indiqués dans les art. 13, 14, 15 et 16.

Est punissable d'après l'art. 13 « l'émission d'actions ou de coupons d'actions d'une Société constituée contrairement aux prescriptions des art. 1, 2 et 3. »

L'art. 13 suppose, en parlant d'actions et de coupons d'actions, que les tiers ont reçu des titres définitifs susceptibles d'être mis en circulation. Aussi la Cour de Cassation a-t-elle décidé qu'il n'y a pas d'infraction à la loi dans le simple fait d'ouvrir une souscription et de remettre aux souscripteurs un récépissé provisoire constatant le versement, bien que la Société ne soit pas définitivement constituée et qu'il n'y ait pas souscription intégrale du capital social (2). Sinon la formation de toute Société

(1) Voir aussi Bédarride. N° 254.
(2) Cass. 8 février 1861. S. 61. 1. 668.

par actions ayant quelque importance deviendrait impossible (1).

Il ne faut pas confondre l'émission d'actions avec l'ouverture de la souscription, c'est-à-dire avec l'appel au public indispensable pour parvenir à former la Société. « Le récépissé provisoire ne formant pas un titre d'action, et le souscripteur n'étant pas encore actionnaire, la remise de ces récépissés n'est qu'une simple tentative non prévue par la loi. » Pour que le délit existe, il faudrait donc qu'il fût délivré de véritables titres présentant la Société comme légalement constituée. Dans l'espèce qui était soumise à la Cour, il y avait eu délivrance de récépissés au porteur. Cette circonstance était-elle de nature à modifier sa décision ?

L'arrêt s'exprime en ces termes : « Sur le chef relatif à l'émission et à la négociation d'actions de la même Société au porteur avant leur entière libération, alors qu'elles ne pouvaient être que nominatives : — Attendu qu'après avoir déclaré en fait et en droit qu'il n'y avait pas eu émission d'actions, l'arrêt attaqué a pu, de cette déclaration, tirer la conséquence qu'il n'y avait pas plus lieu à incriminer la forme que la valeur nominale de titres qui n'avaient pas le caractère d'actions. » Mais on peut se demander si la forme au porteur de cet écrit destiné à constater la souscription et le verse-

(1) Paris, 19 mars 1883. S. 83. 2. 97.

ment n'avait pas pour effet de lui enlever le caractère de simple récépissé ; la forme au porteur est l'indice certain de l'intention chez les fondateurs de le mettre dans le commerce, de le faire circuler et d'en faciliter la négociation. Le but de la loi, en retardant la constitution des Sociétés par un grand nombre de formalités et la mise au porteur, qui a été d'empêcher l'agiotage et la spéculation sur les titres qui ne sont pas absolument sérieux, ne sera-t-il pas absolument manqué si l'on se rallie à cette jurisprudence ? Les abus resteront absolument les mêmes.

Remarquons que, est seulement prohibée sous une sanction pénale l'émission d'actions d'une Société constituée constrairement aux prescriptions des art. 1, 2 et 3. L'émission d'actions d'une Société constituée contrairement aux art. 4 et 5, 24 et 25 qui prescrivent cependant l'observation de certaines conditions constitutives, mais qui ne sont pas mentionnées dans l'art. 13, ne serait pas punie des peines qu'il édicte; on n'a donc à s'occuper ni de la vérification et de l'approbation lorsqu'il y a des apports en nature, ni de la nomination du conseil de surveillance et des administrateurs ; l'art. 13 ne vise que le taux des actions qui doivent être de 100 ou de 500 fr. selon que le capital est inférieur ou supérieur à 200,000 fr., la souscription intégrale du capital, le versement du quart, la déclaration notariée du gérant ou des fondateurs et la

libération de moitié des actions, avant laquelle les titres nominatifs ne peuvent être convertis en titres au porteur.

La peine est une amende de 500 à 10,000 fr., elle peut être prononcée contre le gérant, les fondateurs et les administrateurs et même contre le banquier, comme complice.

L'infraction d'émission d'actions d'une Société irrégulièrement constituée prévue par l'art. 13, est punissable, abstraction faite de toute intention frauduleuse (1).

L'art. 13 pévoit une deuxième infraction. « Est puni de la même peine le gérant qui commence les opérations sociales avant l'entrée en fonctions du Conseil de surveillance », c'est la sanction de l'art. 5 dont nous avons déjà parlé. Que faut-il entendre par opérations sociales dans l'art. 13 ? Ce ne sont pas seulement, comme on l'a prétendu, des actes préparatoires à la vie commerciale de la Société (2), mais bien des actes commer- ciaux qui supposent l'existence commerciale de la Société, ce sont des contrats passés au nom de l'être moral pouvant faire naître à son profit ou à sa charge des droits ou des obli-gations.

Les deux précédentes infractions ne sont pas les seules comprises dans l'art. 13; on y rencontre encore un autre genre d'infraction très

(1) Paris, 2 déc. 1884. S. 86. 2. 240. — Cass. 28 fév. 1885. S. 87. 1. 41. V. les motifs. — Cass. 17 juillet 1885. S. 87. 1. 236 et les autorités citées en note.

(2) De Courcy, p. 199.

nuisible aux actionnaires sérieux et essentiellement immoral : la création frauduleuse d'une majorité factice dans les assemblées générales par des personnes se présentant comme propriétaires d'actions qui ne leur appartiennent pas, et la remise des actions par les propriétaires pour en faire cet usage illicite. L'amende prononcée contre ces différentes personnes est de 500 à 10,000 fr., mais les tribunaux peuvent en outre leur infliger une peine d'emprisonnement de quinze jours à six mois (1).

Des auteurs (2) voudraient que la peine de l'emprisonnement pût aussi être prononcée lorsqu'il y a eu émission d'actions d'une Société constituée contrairement aux art. 1, 2, 3, ou lorsque le gérant a commencé les opérations sociales avant l'entrée en fonctions du Conseil de surveillance. Il est à craindre, dit-on, que les fondateurs de la Société ne réalisent les titres émis irrégulièrement pour s'approprier l'argent des actionnaires, si comme ils le prévoient la Société n'arrive pas à se constituer, ou bien que le gérant n'absorbe une partie du capital social en l'engageant dans des opérations prématurées et que jamais les actionnaires ne puissent être remboursés, tout espoir de constituer la Société étant perdu ; l'emprisonnement ne serait pas une peine exagérée en semblable occurrence.

(1) Disposition nouvelle introduite dans les Lois de 1863 et de 1867.
(2) Bédarride. N° 256.

C'est ce qui existait sous la loi de 1856 dont l'art. 11 portait pour ces deux infractions un emprisonnement de huit jours à 6 mois et une amende de 500 à 10.000 francs ou l'une de ces deux peines seulement. Il en était de même sous la Loi du 23 mai 1863, art. 30. L'art. 463 n'était pas applicable.

Le projet de loi de 1865 ne reproduisit pas cette disposition : l'exposé des motifs et le rapport de la commission considèrent les faits prévus par l'art. 13 (ancien art. 11 de la loi de 1863) « moins comme des délits que comme des contraventions que des peines pécuniaires doivent suffire à prévenir ou à réprimer. »

L'art. 14 punit d'une amende de 500 à 10.000 francs la négociation d'actions ou de coupons d'actions dont la valeur ou la forme serait contraire aux dispositions des art. 1, 2, 3 de la présente loi ou pour lesquels le versement du quart n'aurait pas été effectué conformément à l'art. 2. — Est punie de la même peine toute participation à ces négociations et toute publication de la valeur desdites actions.

L'art. 14 tire son origine de la loi du 15 juillet 1845 (art. 13) et de la Loi du 10 juin 1853 (art. 3) qui punissent d'une amende de 500 à 3.000 francs la publication de la valeur des actions de certaines compagnies de chemins de fer et la participation de l'agent de change à la négociation de ces actions. Les lois de 1856 (art. 12) et de

1863 (art. 31) ont modifié et généralisé le principe des deux lois précédentes.

La négociation des actions doit s'entendre de celle qui s'opère par les voies commerciales, transfert, endossement, tradition. L'art. 14 ne visant pas les art. 4 et 5, 24 et 25, ne serait pas punissable la négociation qui aurait eu lieu avant l'approbation des apports en nature et la nomination du conseil de surveillance ou des administrateurs. Elle le deviendrait et d'une façon certaine au contraire : 1° si le taux des actions était inférieur à 100 francs ou à 500 francs, selon une distinction que nous connaissons ; 2° si elles n'étaient pas totalement libérées ou au moins de moitié (art. 3) dans le cas où elles sont au porteur ; 3° si le versement du quart n'a pas été effectué conformément à l'art. 2. M. Pont (n° 1318) croit que l'inaccomplissement des autres conditions constitutives, même celles des art. 1, 2 et 3 (souscription intégrale, déclaration notariée) ne rendrait pas l'art. 14 applicable (1).

Tombent sous le coup de l'art. 14, al. 2 le cédant et le cessionnaire des actions et les divers intermédiaires qui ont pu en faciliter la négociation (agent de change, banquiers, courtiers).

(1) Le délit résultant de la négociation d'actions d'une Société non régulièrement constituée n'est pas subordonné à l'émission préalable de titres admissibles à la cote officielle lorsqu'il est établi que des ventes à terme ont pu se conclure et se sont conclues dans la coulisse, sur des certificats ou promesses d'actions qui suffisaient en fait pour devenir la base et fournir la matière de ces marchés (Paris, 19 mars 1883. S. 84. 2. 97).

Il n'est pas nécessaire que la négociation ait été faite en connaissance de cause. La négociation d'actions, etc..., est punissable indépendamment de toute intention frauduleuse. Le projet du gouvernement a créé « une présomption légale de fraude et de complicité contre ceux qui, dans la négociation ont été de simples intermédiaires. Leur bonne ou mauvaise foi, l'ignorance ou la connaissance de l'infraction est indifférente ; le fait est punissable par cela seul que les titres négociés ne sont pas conformes aux exigences de la loi (1) ».

La jurisprudence exige cependant chez ceux qui négocient des actions dont la valeur ou la forme est en opposition avec les prescriptions de la loi, ou pour lesquelles le versement du quart n'a pas été effectué, l'intention coupable à laquelle elle assimile la négligence grave consistant dans le défaut de vérification des conditions inhérentes au titre et qui peuvent se reconnaître par la seule inspection (2).

D'après la même jurisprudence, l'art. 14 punit seulement la négociation des titres dont la valeur ou la forme seraient en opposition avec la loi ; l'esprit et le texte de cet article montrent qu'il s'applique seulement aux négociations des titres dont le simple examen suffit pour se rendre

(1) Rapport de la Comm. Sirey. Lois ann. 1867, p. 216, note 1°.— Pont. N° 1319. — Rivière, n° 119. — Vavasseur, n° 727. — Paris, 28 déc. 1886. S. 88. 2. 37.

(2) Lyon, 23 janv. 1884. S. 84. 2. 49.

compte que toutes les prescriptions n'ont pas été observées. La loi ne met, en effet, à la disposition des intéressés aucun moyen qui leur permette de vérifier l'exactitude de la déclaration du gérant ou des fondateurs (1).

Cette partie du texte « ou pour lesquelles le versement du quart n'aurait pas été effectué » n'est que le développement des conditions de forme exigées par le commencement de l'article et vise les mentions de versement en opposition avec les prescriptions légales. »

Quant à la publication de la valeur des actions, peu importe le mode employé pour le réaliser : journaux, affiches, prospectus, etc. Si la publication est faite par la voie d'un journal, l'imprimeur et le gérant du journal pourront encourir la peine de l'art. 14 comme celui qui a rédigé l'annonce ; ce n'est, en effet, que par la publicité que l'annonce devient un délit, et le gérant du journal doit en répondre devant la justice répressive, peu importe que la publication ait été faite avec ou sans intention frauduleuse.

L'art. 15 prévoit encore deux faits délictueux qui se rapportent à la constitution des Sociétés par actions. Aux termes de cet article : « Sont punis des peines portées par l'art. 405 du C. P. *sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie* :

(1) En pratique chaque titre énonce s'il est libéré de la quotité exigée par la Loi.

Lyon, 23 janv. 1884. S. 84. 2. 49.

« 1° Ceux qui, par simulation de souscriptions ou de versements, ou par publication faite de mauvaise foi, de souscriptions ou de versements qui n'existent pas ou de tous autres faits faux ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements. »

« Simuler des souscriptions ou des versements, dit le rapporteur de la commission, publier de mauvaise foi des souscriptions ou des versements, et cela pour en provoquer de réels, ce n'est pas seulement commettre une faute dommageable à autrui, c'est enfreindre intentionnellement la loi morale, attenter à la propriété ou le tenter par le mensonge et par la ruse, et les sévérités de la loi pénale n'ont rien d'excessif pour de tels actes. »

On remarquera les expressions de la loi, ont obtenu ou *tenté* d'obtenir : il n'est donc pas nécessaire que les délinquants soient arrivés à leurs fins (1).

(1) Comme le dit M. Bédarride, un moyen puissant d'appeler la confiance, c'est de paraître l'avoir obtenue. La Cour de Paris a décidé que les simulations de souscriptions et de versements ne constituent le délit prévu par l'art. 15 § 1 que lorsqu'elles ont *eu pour but* d'assurer le succès de l'émission en attirant d'autres souscriptions ou versements (Paris, 19 mars 1883. S 83. 2. 97. — Sous Cass. 23 juin 1883 D. 83. 1. 425. Union générale). Il est permis de douter en présence du texte que telle soit réellement la pensée de la Loi : le texte suppose que par ces manœuvres frauduleuses les délinquants ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements; il ne se préoccupe pas de l'intention qu'ils avaient à l'origine. Le législateur au lieu de considérer *le but* qui, d'après la Cour de Paris, serait une condition essentielle du délit, a considéré le *résultat* ; c'est ainsi que les juges correctionnels avaient même étendu bien au-delà l'application de l'art. 15 puisque, d'après eux, toute simulation qui aurait eu pour effet d'empêcher le *retrait* de versements antérieurement effectués par des souscripteurs qui ne seraient pas restés associés s'ils avaient su que la souscription

« 2° Ceux qui pour provoquer des souscriptions ou des versements ont de mauvaise foi, publié les noms de personnes désignées contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées à la Société à un titre quelconque ». La loi a prévu d'une façon explicite et spéciale le fait très fréquent de publier les noms de certaines personnes, pour provoquer des souscriptions et des versements, bien qu'il rentrât en somme dans les expressions « ou de tous autres faits faux » du paragraphe précédent; mais cette disposition a au moins une utilité : on ne peut en présence d'un texte aussi formel, hésiter à le ranger parmi les manœuvres frauduleuses prévues par l'art. 405 et constitutives du délit d'escroquerie.

Les tribunaux peuvent admettre les circonstances atténuantes (art. 463), pour tous les délits compris dans les art. 13. 14, 15 (art. 16).

Les faits prévus par les art. 13, 14 et 15

n'était pas couverte, aurait été un délit. C'était aller trop loin, car l'art. 15 ne prévoit pas le fait de retenir des versements, et de plus l'engagement des souscripteurs étant subordonné à la condition que la Société sera réellement et régulièrement constituée, c'est seulement au jour où cette condition se réalise qu'on peut parler de souscriptions et de versements obtenus.

Contre la solution de la Cour de Paris on peut faire une deuxième objection. Comment pourrait-il se faire que la simulation faite à l'origine sans intention frauduleuse, faite même par un tiers ne devînt pas délictueuse, le jour où l'on s'en servirait pour obtenir une souscription ou un versement dont on profiterait ? Il n'y a donc pas à distinguer suivant que le but de la simulation a été ou n'a pas été frauduleux à l'origine, il suffit que la simulation ait été utilisée sciemment et volontairement pour obtenir des souscriptions ou des versements.

V. Lyon, 12 mars 1885. — Grenoble, 15 juillet 1886. S. 86. 2. 242 et la note II.

sont-ils des délits ou des contraventions? Quel est leur caractère juridique?

Ce qui fait, au premier abord, la difficulté de la question, c'est que la loi les punit presque tous, abstraction faite de l'intention. La jurisprudence et nombre d'auteurs ont suivi longtemps une théorie d'après laquelle il aurait fallu ranger dans une catégorie spéciale certains délits, qui existent par le seul fait matériel et n'exigent pas chez l'agent l'intention de nuire : on les appelait délits contraventionnels. Certaines infractions à la loi sur les Sociétés auraient dû, d'après ce système, être classés parmi les délits contraventionnels, bien qu'elles fussent punies de peines correctionnelles.—Cette théorie était en somme une violation flagrante de l'art. 1^er^ C. P., d'après lequel « l'infraction que les lois punissent des peines de simple police est une contravention, l'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles, est un délit, » termes absolument généraux qui s'appliquent non seulement aux faits prévus par le Code Pénal, mais encore à tous les faits délictueux prévus par « les lois, » même celles régissant les matières spéciales (1). Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que la loi y eût dérogé d'une façon expresse ; s'il n'y a pas de texte, l'art. 1 est le seul critérium qui permette de reconnaître par la nature de la peine, le délit et la contra-

(1) Cass. 22 février 1884. S. 86. 1. 233.

vention. — On a objecté contre cette idée si simple et si pratique, que les faits restent ce qu'ils sont, abstraction faite de la peine, que chaque infraction a une nature propre, indépendante de la nature et de la gravité de la peine, que la peine est la conséquence de l'infraction, comme l'infraction est, par réciprocité, la cause de la peine. Ce qui est la conséquence, dit-on, ne saurait « dominer la cause, la transformer, lui faire perdre sa virtualité, les éléments qui la constituent (1). » Raisonner ainsi, c'est n'avoir pas compris l'art. 1; car, « l'art 1 n'est que le résultat d'un travail d'analyse. Le législateur pour proportionner la peine au délit, a dû peser d'abord la gravité morale et sociale de chaque infraction : il peut qualifier les infractions d'après la peine qui est, en effet, l'expression pratique la plus simple de leur gravité (2). »

L'élément intentionnel est-il absolument nécessaire pour qu'une infraction punie par une disposition répressive puisse constituer un délit? On le prétend, mais le Code pénal lui-même se charge de démentir cette affirmation. Peut-on parler d'intention dans les cas prévus par les art. 46 et 58 C. P. L'intention n'est pas nécessaire non plus d'après la jurisprudence pour que le délit de violation du secret professionnel puisse

(1) Journal la Loi. N^os des 8 et 9 avril et du 11 juin 1885. — Rossi. Traité de droit spécial, 2e édit. T. I, p. 42.

(2) Edm. Villey. Précis d'un cours de droit crim., p. 50. 2e édition 1880.

exister (1). A l'inverse, il est certaines contraventions pour lesquelles la loi exige l'intention (2).

Il est donc inexact de dire que les faits prévus par l'art. 13, al. 1 et 2 et par l'art. 14 constituent simplement des contraventions à la différence des faits qui sont prévus par l'art. 13 al. 3 et 4 et par l'art. 15. Cette distinction n'est pas fondée : tous ces faits sont des délits, puisqu'ils sont punis de peines correctionnelles.

Cet argument n'a pas pu convaincre les partisans du système contraire qui prétendent trouver dans la loi elle-même une dérogation expresse au principe général de l'art. 1, C. P. Quand la loi se sert des mots : frauduleusement, usage frauduleux, mauvaise foi, il y a délit, parce que l'intention coupable est exigée chez l'agent ; partout ailleurs, il ne reste que le fait matériel qui, à lui seul, suffit à rendre la peine applicable, il y a contravention (3). Mais on a très bien répondu que cette différence de rédaction correspond à une tout autre idée. La loi du 24 juillet 1867 considère comme infractions l'inaccomplissement de certaines formalités de constitution, par exemple l'émission d'actions ou de coupons d'actions d'une Société constituée contrairement aux prescriptions des art. 1, 2 et 3 : dans ce cas, par la force même des choses « *le délit existe, par cela seul que*

(1) Cass. 19 déc. 1885. S. 86. 1. 86.
(2) Art. 475. 8°. Art. 479. 9°.
(3) V. La Loi 9 avril 1885. — Conf. Pont. N°s 1317, 1321, 1324.

les règles n'ont pas été observées. » Il ne peut être question d'intention frauduleuse. « Les autres infractions consistent à avoir fait fraude à la loi en fait, tout en l'observant en apparence, par exemple à avoir simulé des souscriptions ou des versements qui n'existent pas : naturellement, le délit n'existe qu'autant que le fait est frauduleux, que parce que le fait est *nécessairement* frauduleux, et, à vrai dire, la loi en employant ces expressions a plutôt défini le fait, qu'elle n'a entendu exiger une condition qui en paraît inséparable. On ne peut pas concevoir qu'on simule des souscriptions ou des versements pour en obtenir d'autres, sans qu'il y ait fraude » (1).

Même en dehors de toute intention frauduleuse, le législateur peut considérer certains faits comme plus graves, à raison du trouble qu'ils causent dans la Société, des conséquences fâcheuses qu'ils peuvent avoir. Il en est ainsi pour les infractions à la loi sur les Sociétés commerciales, parce qu'elles sont de nature à léser des intérêts que la loi a pris sous sa sauvegarde. Elles ne sont pas toutes, il est vrai, punies de la peine de l'emprisonnement, mais la peine correspond à la gravité particulière de chaque fait souverainement appréciée par le législateur.

Sous la loi de 1856, toutes ces infractions

(1) Villey. Note sous Cass. 28 février 1885. S. 87. 1. 41.

sans exception étaient punies de la peine de l'emprisonnement : de plus, l'exposé des motifs déclarait qu'elles constituaient des délits de même nature et qu'elles étaient punies correctionnellement (1). Sous la loi de 1856, elles avaient, à n'en pas douter, le caractère de délits : elles ont gardé leur nature sous la loi de 1867, qui les punit toujours de peines correctionnelles, bien qu'elle ait abaissé pour quelques-unes la sévérité de la peine.

L'émission d'actions d'une Société constituée contrairement aux prescriptions légales et les autres faits prévus aux art. 13, 14, 15 de la loi du 24 juillet 1867 sont donc de véritables délits.

Conséquences :

1° On doit appliquer à ces délits le principe du non cumul des peines.

2° Seront également applicables les règles générales sur la complicité.

C'est principalement à l'occasion de l'application des art. 59 et 60 du Code Pénal que s'est élevée la discussion que nous venons d'exposer. La complicité ne pouvant exister qu'en matière de crimes ou délits, il importait au plus haut point de déterminer la nature des faits exprimés par les art. 13, 14 et 15.

On a essayé de renforcer les arguments précédemment réfutés par d'autres arguments, tirés

(1) Duvergier. Coll. des Lois 1856. P. 318.

et du caractère de la complicité et de l'art. 14 de la loi de 1867. On a dit : La complicité est un fait nécessairement intentionnel : elle implique un accord illicite entre les parties, elle suppose un concert frauduleux. Par conséquent, il n'y a pas de complicité là où l'on ne trouve pas d'intention frauduleuse. On peut répondre que la complicité est admise dans certains cas même en matière de contraventions de police (art. 479. 8° C. P.)

L'art 14, al. 2, prévoit et punit expressément la participation des intermédiaires, banquiers, agents de change, courtiers, etc., aux négociations prohibées d'actions. C'est donc, dit-on, que les principes ordinaires de la complicité ne lui étaient pas applicables : si l'al. 2 de l'art. 14 n'existait pas, elle ne tomberait sous le coup d'aucune sanction pénale; étant donné que l'émission prohibée d'actions est une infraction de même nature que la négociation prohibée, que la participation à l'émission peut se produire tout aussi bien que la participation à la négociation, il faut en conclure que si le législateur a puni seulement l'aide et l'assistance donnée à la négociation prohibée, c'est qu'il n'a pas voulu sévir contre la participation à l'émission. L'al. 2 de l'art. 14 s'explique facilement par les travaux préparatoires. D'après le droit commun (art. 59), les intermédiaires n'auraient été punissables que s'ils avaient sciemment pris part à l'infraction. Le législateur a eu l'intention en

écrivant l'art. 14 de créer contre les intermédiaires préparant ou facilitant la négociation, une présomption légale de fraude et de complicité, c'est-à-dire de les atteindre même dans le cas où ils auraient agi de bonne foi : on ne peut donc induire par a contrario de ce que le législateur a statué expressément sur la complicité dans une hypothèse spéciale, qu'il a voulu l'écarter dans les autres. Ceci est d'autant plus certain que la Commission du Corps législatif ayant fait observer au Conseil d'Etat que la bonne foi des intermédiaires devrait être présumée et qu'ils ne devraient être atteints que s'ils avaient agi *en connaissance de cause*, le Conseil d'État repoussa l'amendement et y substitua l'art. 16 qui déclare l'art. 463 C. P. applicable aux faits prévus par les trois articles qui précèdent. De plus, l'al. 2 de l'art. 14 est la reproduction textuelle de la loi du 17 juillet 1856 ; or, on lit dans l'exposé des motifs de cette loi concernant cette même disposition que « l'émission, la négociation et la publication pouvant être le fait commun de plusieurs personnes, les principes généraux sur la complicité détermineraient celles qui seraient punissables. » Rien ne prouve que le législateur de 1867 se soit écarté de cette idée : il y a, au contraire, de fortes présomptions de croire qu'il a voulu l'appliquer rigoureusement.

C'est donc à juste titre que la jurisprudence a décidé que les art. 59 et et 60 du Code Pénal recevraient application en matière d'infractions

aux art. 13, 14, 15, de la loi sur les Sociétés (1).

3° Si plusieurs individus sont condamnés comme coauteurs ou complices de l'un de ces délits, ils le seront solidairement (art. 55 Code Pénal).

4° La prescription applicable sera la prescription triennale (art. 638 Instr. criminelle) (2).

L'action en responsabilité des fondateurs, des gérants ou des administrateurs des Sociétés par actions basée sur les art. 8 et 42 de la loi du 24 juillet 1867 est-elle soumise à la prescription triennale de l'art. 638 Instr. criminelle ?

Il est de principe que l'action publique et l'action civile résultant d'un fait délictueux se prescrivent par le même laps de temps, sans qu'il y ait lieu de distinguer le cas où l'action civile serait portée devant les tribunaux répressifs accessoirement à l'action publique, et le cas où elle serait portée directement et par voie principale devant les tribunaux répressifs. Le vrai motif de cette règle, la seule explication que l'on puisse en donner, « c'est le scandale public, c'est l'atteinte profonde à l'autorité de la loi qui résulterait d'une déclaration judiciaire de culpabilité devant laquelle la justice pénale resterait impuissante (3) ». Il serait contraire à la morale

(1) Paris, 2 déc. 1884. S. 86. 2. 240.

(2) Paris, 28 déc. 1886. S. 88. 2. 37. — Grenoble, 15 juillet 1886. S. 86. 2. 241 et la note de M. Villey. — Mathieu et Bourguignat. N° 154. — Paris, 2 déc. 1884. S. 86. 2. 240. — Contra : Lyon-Caen et Renault. N° 438. — Pont. N° 1312. — Ruben de Couder. V° Soc. en comm. N° 126 bis. — Vavasseur. N° 727.

(3) Villey. Précis d'un cours de droit criminel, 2e édit., p. 265.

publique que la partie lésée pût obtenir des dommages-intérêts devant la juridiction civile, alors que le Ministère public serait désarmé et ne pourrait plus poursuivre ! « Ce qui est certain, ajoute un peu plus loin l'éminent auteur, c'est que la prescription de l'action civile n'est subordonnée à celle de l'action publique qu'autant que l'action civile est fondée sur le fait même qui constitue le crime ou le délit et n'a pas d'autre cause ». Les art. 637-638 ne s'appliquent, en effet, qu'à l'action civile « résultant du crime ou *du délit.* »

Voilà les principes dont nous avons à faire l'application.

La jurisprudence s'est plusieurs fois prononcée sur cette question dans des sens différents. En 1875, la Cour de Paris repoussait comme prescrite une demande en restitution de sommes par lui versées et en dommages-intérêts, formée par un actionnaire contre les fondateurs d'une Société en commandite, et fondée sur la constitution de la Société avant la souscription intégrale et le versement du quart du capital social, et sur la simulation de souscriptions, les actions qui n'avaient pas été souscrites ayant été attribuées à des actionnaires supposés.

Elle motivait sa décision sur ce que les fausses déclarations des fondateurs constituaient le délit prévu par l'art. 11 de la loi du 17 Juillet 1856, comme étant des moyens dolosifs employés pour obtenir des souscriptions, et sur ce que le dol

recevant son caractère de la loi dont il viole les prescriptions, et ne pouvant être considéré comme un dol civil, il en résultait que les faits articulés tombaient sous une sanction pénale soumise à la prescription spéciale qui régit les délits, et la Cour suprême ratifiait cette décision (1).

Cette jurisprudence méritait d'être critiquée, car cette action avait pour objet principal non pas la réparation du préjudice causé par des manœuvres dolosives érigées en délit par la loi (ici la simulation de souscriptions), mais la restitution, le remboursement de la souscription dont le montant avait été indûment versé. On ne pouvait donc la considérer comme « action civile résultant d'un délit » puisqu'elle avait une autre base, une autre cause que les manœuvres frauduleuses constituant le délit ; elle avait, en effet, pour principe l'art. 1376 C. C. qui oblige celui qui a reçu par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, à restituer à celui de qui il l'a indûment reçu. Le paiement et la réception de l'indû, voilà quel était le fondement de l'action : cette action prenant sa source dans une disposition du droit civil et non dans une disposition répressive, la Cour de de Paris et la Cour de Cassation avaient donc tort de la considérer comme prescriptible par le laps de trois ans.

Cette solution paraît certaine lorsqu'il s'agit

(1) Paris, 24 juin 1875 et Cass. Req. 7 mars 1877. S. 78. 1. 97.

de l'action en restitution, mais elle est plus délicate lorsqu'il s'agit de l'action en réparation du préjudice causé et de l'action en dommages intérêts. « Il faut bien remarquer, dit M. Dalloz (1), que la prescription établie par la loi criminelle n'atteint que celles des actions civiles qui naissent directement du délit et non pas celles qui peuvent résulter d'un contrat ou d'un droit préexistant ». Et il est de jurisprudence que « les prescriptions établies par les lois criminelles ne s'appliquent aux actions civiles qu'autant que ces actions ont réellement et exclusivement pour base un crime, un délit ou une contravention » (2). En effet, le motif d'ordre public qui a engagé le législateur à assigner à la prescription de l'action civile la même durée qu'à la prescription de l'action publique, n'existe que dans ce cas ; quand l'action civile résulte d'un contrat ou d'un droit préexistant, il n'y a plus à craindre de scandale public et l'atteinte à l'autorité de la loi est impossible. Il serait de même inadmissible que le délit du débiteur pût nuire au créancier, aggraver sa condition en réduisant la durée du délai dans lequel il est tenu d'exercer une action qui prend sa source dans un contrat ou une disposition de droit civil.

Ces principes posés, demandons-nous quelle

(1) Jur. Gén. V° Prescription criminelle. N° 100.
(2) Cass. 5 mai 1863. D. 63. 1. 195.

est la base de l'action en responsabilité intentée contre les administrateurs et les fondateurs, soit par les créanciers, soit par les actionnaires. Elle se trouve nettement indiquée dans les art. 8 et 42 de la loi de 1867 ; si les administrateurs et les fondateurs sont responsables, c'est parce que, abstraction faite de toute intention frauduleuse et plus généralement de tout fait délictueux de leur part (l'intention frauduleuse n'étant pas toujours nécessaire pour qu'il y ait délit en matière de Société), ils ont commis une faute civile, en constituant la Société contrairement aux prescriptions de la loi du 24 juillet 1867, faute qui a déterminé la nullité de la Société. Pourraient-ils répondre pour faire tomber la demande, dans le cas où celle-ci ne relèverait dans ses termes aucun délit, qu'ils ont commis une infraction punie par les art. 13, 14, 15, de la loi de 1867, et que l'action est prescrite après trois ans? non, pour ce motif que « Nemo auditur turpitudinem suam allegans. »

»..... La prescription criminelle étant une exception en tant qu'elle est appliquée à l'action civile, la partie lésée est fondée, *si les faits le comportent*, à porter son action devant les tribunaux civils, en isolant l'acte dommageable de tout caractère délictueux, sans qu'il puisse appartenir au défendeur, en s'imputant une turpitude, de donner au fait un caractère criminel et d'invoquer la prescription des art. 637, 638 (1). »

(1) Villey. Note sous Paris, 14 nov. 1880. S. 82. 2. 17.

On a objecté, il est vrai, qu'en opposant la prescription, le défendeur ne reconnaît pas nécessairement l'existence des faits qu'on lui impute ; il se borne à soutenir qu'*en les supposant prouvés*, l'action *serait* prescrite (1). Mais il nous semble qu'on oublie la maxime : « Reus in excipiendo fit actor. » Le défendeur qui excipe de la prescription ne peut pas se borner selon nous à soutenir que l'action *serait* prescrite, *si* les faits qui lui sont imputés étaient prouvés ; il doit prouver lui, que l'action *est* prescrite, et dans ces conditions, il sera fatalement amené à invoquer le caractère délictueux des faits qui lui sont reprochés.

Poussons plus loin l'analyse. L'action des créanciers est-elle basée sur ce que l'émission ou la négociation des actions avait été frauduleuse, sur ce qu'il y avait eu simulation de souscriptions et de versements ? Tout cela importe peu aux créanciers. Ce qui les autorise à agir en responsabilité contre les fondateurs et les administrateurs, c'est la nullité de la Société, nullité qui est encourue indépendamment des faits délictueux repris dans les art. 13, 14 et 15 et qui peut leur être antérieure.

Quant aux actionnaires, leur action en dommages-intérêts reposera presque toujours sur l'art. 42 qui réserve leurs droits, donc sur une faute civile indépendante des délits prévus aux

(1) Garraud. Précis de droit criminel 1881. P. 582.

art. 13, 14 et 15. On peut, au point de vue qui nous occupe, les diviser en deux classes : 1° les souscripteurs originaires : leur action se base nécessairement sur la nullité de la Société qui leur cause préjudice, parce qu'elle a été constituée avant la souscription intégrale ou avant le versement du quart : l'émission postérieure à leur souscription n'a pu leur être préjudiciable. Ils seraient donc mal fondés à invoquer la violation des art. 13, etc. ; 2° les actionnaires qui ont acquis des actions émises avant d'avoir été libérées du quart ou avant la souscription intégrale du capital social. Ceux-ci auront deux actions soumises à des règles différentes : ils pourront intenter l'action en responsabilité de l'art. 42, action imprescriptible (V. S.) ou bien intenter l'action résultant du délit : car sans l'émission et la négociation frauduleuses des actions ou encore sans la simulation de souscriptions ou de versements, ils ne seraient pas devenus actionnaires. Cette action se prescrira par trois ans, mais elle n'empêchera pas les actionnaires d'agir en responsabilité par l'action de l'art. 42 à laquelle le délit a simplement donné l'occasion de naître. Comme on peut le remarquer, les deux actions sont absolument distinctes.

Tel est le système que la Cour de Paris et la Cour de Cassation, condamnant leur première jurisprudence ont judicieusement consacré (1).

(1) Paris, 14 nov. 1880. S. 82. 2. 17 et la note de M. Villey. — Paris, 13 janv. 1882. D. 83. 2. 73. — Cass. 11 mars 1883. D. 83. 1. 104. — Contra : Rousseau, Quest. nouv. p. 135 et suiv.

Les Sociétés étrangères sont-elles soumises aux dispositions pénales des art. 13, 14 et 15, de la loi du 24 juillet 1867 ?

Ces textes étant d'ordre public, l'affirmative nous semble devoir être adoptée. Cependant, la jurisprudence est contraire à ce système, sous prétexte que la loi du 24 juillet 1867 s'applique uniquement aux Sociétés françaises en commandite et anonymes et non aux Sociétés étrangères : elle a décidé, par suite, que le gérant d'une Société étrangère qui emploie les manœuvres dolosives prévues par l'art. 15 pour obtenir des versements ou des souscriptions n'est pas passible des peines de l'art. 405 (1).

Les faits délictueux que l'art. 15 tend à réprimer sont assimilés par la loi au délit d'escroquerie : les lois de police et de sûreté obligeant tous ceux qui habitent le territoire, nous croyons qu'il doit recevoir application. Devrait être réprimée conformément à l'art. 13, d'après MM. Mathieu et Bourguignat (2) l'émission des actions d'une Société régulièrement constituée, au point de vue de la loi étrangère, mais qui ne le serait pas au point de vue de la loi française. Ces auteurs font remarquer que le but du législateur en établissant des règles aussi sévères pour le taux et la forme des actions a eu en vue un intérêt de morale publique, il a voulu décourager la fraude et la spéculation. Il serait par trop facile

(1) Paris, 13 juin 1872. D. 72. 2. 164.
(2) N° 128.

aux chevaliers d'industrie, si les textes répressifs de notre loi étaient lettre morte pour les Sociétés étrangères, d'aller constituer des Sociétés véreuses au-delà de nos frontières et de rentrer en France pour y faire des dupes et s'y livrer impunément, bien qu'en employant des moyens malhonnêtes, au trafic parfois lucratif des titres sans valeur (1).

MM. Pont (2) et Bédarride (3) défendent en principe le système de la jurisprudence. L'étranger qui fonde une Société dans son pays ne peut être tenu de respecter la loi française qu'il n'est pas obligé de connaître : l'autorité de la loi française s'arrête à la frontière : par suite, l'émission d'actions ou de coupons d'actions d'une Société constituée à l'étranger contrairement aux prescriptions de cette dernière loi, ou bien la négociation d'actions ou de coupons d'actions dont la valeur ou la forme serait contraire à cette même loi, ne seraient passibles d'aucune peine. M. Pont réserve toutefois le cas où des agents de la Société étrangère auraient employé des manœuvres frauduleuses pour tromper le public : ils ne pourraient dans ce cas échapper aux mesures de répression édictées par la loi française.

Les art. 13, 14 et 15 sont-ils applicables aux Sociétés civiles à forme commerciale ?

(1) Dans le même sens : Alauzet. Nos 510-511. — Dolez. P. 342 et 347. — Ameline. Revue pratique, t. XXIV, p. 458.

(2) No 1880.

(3) No 267.

Posons d'abord en principe que la réglementation générale établie par la loi du 24 juillet 1867 doit être appliquée à ces Sociétés. La loi, en effet, est on ne peut plus générale, elle s'applique aux Sociétés en commandite et aux Sociétés anonymes sans qu'on puisse y rencontrer soit une restriction, soit une exclusion concernant les Sociétés civiles. Et cette solution paraît d'autant plus certaine, qu'avant la loi de 1867 on était d'accord pour reconnaître qu'elles étaient soumises en vertu de l'art. 37 du Code de Commerce à l'autorisation préalable et à la surveillance du gouvernement. L'art. 37 a disparu, mais la loi nouvelle a organisé toute une série de mesures très minutieuses destinées à remplacer cette autorisation et cette surveillance, et il paraît rationnel de penser qu'elles ont été écrites aussi bien pour les Sociétés civiles à forme commerciale que pour les Sociétés commerciales.

Qu'arriverait-il si l'on décidait autrement ? D'un côté, si l'autorisation n'est plus exigée par suite de l'abrogation de l'art. 37 ; de l'autre, si la loi de 1867 ne les concerne pas, il n'existe plus à leur encontre aucune garantie. Peut-on supposer pareille lacune dans notre législation ? Ce serait aller contre les idées généralement admises. Et remarquons-le bien, la liberté et la faveur qui, en général, sont accordées au commerce, seraient ici réservées aux opérations civiles. Y aurait-il un motif d'être plus large à

l'égard des Sociétés civiles ? On n'en trouve aucun. Au contraire, les motifs qui militent en faveur de la réglementation sont identiques pour les deux classes de Sociétés. « Ce qui justifie dans une certaine mesure la réglementation des Sociétés par actions, ce n'est pas la nature de leurs opérations, c'est leur forme » (1). Si les dangers sont les mêmes, ils doivent comporter le même système préventif.

Affranchir les Sociétés civiles à forme commerciale de toute réglementation, ce serait rouvrir la porte à tous les abus et à toutes les fraudes que le législateur a voulu proscrire à jamais. En effet, ces Sociétés pourraient avoir des actions d'un taux aussi minime qu'elles le voudraient et en faire de véritables billets de loterie ; elles pourraient se constituer avant la souscription intégrale du capital et avant le versement du quart, émettre, dès leur origine, des titres au porteur, se dispenser de faire approuver les apports en nature et les avantages particuliers. Ces conséquences inadmissibles font suffisamment ressortir qu'elle serait l'inanité d'une opinion qui prétendrait restreindre aux Sociétés commerciales seules les règles minutieuses de la loi de 1867 (2).

Mais ne doit-on pas au moins soustraire les Sociétés civiles et commerciales aux dispo-

(1) Bulletin de la Soc. de Lég. comp. mai 1875. — Lyon-Caen, page 245.

(2) Trib. Lille, 15 juin 1885. Gaz. Trib. 22 août 1885.

sitions répressives des art. 13, 14 et 15 de la loi du 24 juillet 1867 ?

D'après un arrêt de la cour de cassation, chambre criminelle, les dispositions des articles 15 et 45 ne seraient pas applicables aux Sociétés civiles constituées sous la forme de Sociétés anonymes, et notamment aux Sociétés d'assurances mutuelles sur la vie soumises à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement.

Ainsi formulée, la théorie de la Cour de Cassation nous paraît inexacte. Il importe, croyons-nous, de distinguer entre les Sociétés d'assurances mutuelles et les autres Sociétés civiles à forme commerciale.

En ce qui concerne les Sociétés d'assurances mutuelles, nous croyons que l'exception en leur faveur peut se justifier. En effet, l'art. 66 de la loi dispose qu'elles restent soumises à l'autorisation préalable et à la surveillance du gouvernement ; à leur égard, l'art. 37 Com. reste en vigueur. La réglementation des Sociétés anonymes n'ayant été instituée que pour remplacer l'art. 37, il est probable que dans les matières où il a été maintenu, les dispositions pénales de la nouvelle loi sont inapplicables. Du reste, il est permis de penser que l'autorisation gouvernementale est une garantie suffisante au profit des actionnaires et des créanciers des Sociétés d'assurances sur la vie, contre les inconvénients et les désordres que pourrait engendrer

l'affranchissement sans limites (1). Si des fraudes avaient été commises dans la constitution de la Société, si des manœuvres dolosives avaient accompagné la souscription ou la négociation des actions, elles tomberaient dans le cas où elles réuniraient tous les éléments de l'escroquerie sous l'application de l'art. 405 C. P. C'est l'application des principes généraux (2).

Mais quid pour les autres Sociétés à forme commerciale? Ont-elles été soustraites aux sanctions répressives des art. 15 et 45? Oui, d'après la théorie de la Cour de Cassation. Les art. 15 et 45 de la loi du 24 Juillet 1867 ont eu pour but de punir les fraudes qui y sont spécifiées en matière de Sociétés en commandite et de Sociétés anonymes, et l'arrêt du 28 Novembre 1873 ajoute immédiatement : « c'est-à-dire à l'occasion des Sociétés commerciales ». Le point de départ est faux, puisque les Sociétés civiles peuvent se constituer en commandite ou sous la forme anonyme. La question reste entière. On soutient que ces dispositions sont exceptionnelles, puisqu'elles frappent des peines portées en l'art. 405 du Code pénal des fraudes qui peuvent ne pas présenter tous les caractères des manœuvres constitutives du délit d'escroquerie, et qu'elles doivent être à raison de leur nature même restreintes aux hypothèses qui rentrent directement dans les prévisions de la loi spéciale.

(1) Cass. 28 nov. 1873. S. 75. 1. 281.
(2) Cass. 9 mai 1879. D. 79. 1. 315.

On ne peut, par analogie, les étendre à des situations juridiques qu'elles n'ont pas visées; une simple analogie ne suffit pas pour appliquer une peine. On en conclut que les Sociétés civiles à formes commerciales sont affranchies des prescriptions pénales de la loi de 1867 (1).

Nous avons décidé, en commençant l'étude de cette question, que la réglementation de la loi de 1867 s'appliquait à ces Sociétés : s'il en est ainsi, nous devons décider aussi que les sanctions pénales édictées par cette même loi, pour assurer le respect des règles qu'elle pose, les atteignent nécessairement : « Il y a là un tout indivisible, dit M. Lyon-Caen (2). Il est de toute évidence que les Sociétés qui sont régies par les dispositions réglementaires de la loi de 1867, le sont par les dispositions pénales leur servant de sanction, et que dire que les dispositions pénales sont étrangères à certaines espèces de Sociétés, c'est implicitement décider que les dispositions réglementaires de la loi de 1867 ne concernent pas ces Sociétés ».

On ne peut, croyons-nous, tirer un argument sérieux des travaux préparatoires, contre cette solution. Il est exact qu'après le dépôt de son rapport dans la séance du 3 mai 1867, la Commission du Corps législatif fut saisie d'un amendement tendant à soumettre expressément les

(1) Em. Delecroix. Sociétés de mines, n° 240. — Bédarride. T. I, n° 321.

(2) Note de M. Lyon-Caen sous cass. 18 nov. 1873. S. 75. 1. 281.

sociétés civiles à formes commerciales aux dispositions de la loi de 1867, et que cet amendement ne fut pas pris en considération (1). Mais on ne peut voir là une raison suffisante de décider que la loi de 1867 n'est faite que pour les sociétés commerciales. En effet, l'amendement fut repoussé sur la promesse des commissaires du gouvernement qu'un projet de loi sur les sociétés civiles serait présenté à bref délai, et pour deux autres motifs : 1° l'amendement ne comprenait pas dans ses termes celles des sociétés civiles existantes qui, malgré la division de leur capital social en actions, n'avaient la forme ni d'une Société en commandite, ni d'une Société anonyme ; 2° d'autre part, il ne tranchait pas la question de savoir si pour déterminer le caractère civil ou commercial d'une Société, on doit considérer sa forme ou la nature de ses opérations. Il fut donc rejeté comme incomplet et non comme contenant une idée inexacte à priori (2).

Concluons que pour exister valablement aux yeux de la loi, les Sociétés civiles à formes commerciales, sauf les Sociétés d'assurances

(1) Cet amendement était ainsi conçu : « Article additionnel. Les dispositions qui précèdent sont applicables aux Sociétés civiles, charbonnières ou autres qui se constitueraient dorénavant soit sous la forme de Sociétés en commandite par actions, soit sous la forme de Sociétés anonymes. Les Sociétés civiles actuellement existantes sous l'une ou l'autre de ces formes seront tenues de se conformer auxdites dispositions dans le délai de 6 mois à partir de la promulgation de la présente loi sous peine de tous dommages-intérêts pour les administrateurs ou gérants envers les parties intéressées ».

(2) Premier rapp. supplém. n° 3 et suivants, page 408 et suiv. Comm. de la loi sur les Soc. Mathieu et Bourguignat.

mutuelles devront se conformer aux art. 1, 2, 3, 4, etc. de la loi du 24 juillet 1867 sur la constitution et le fonctionnement des Sociétés en commandite et anonymes, aux art. 55 et suivants sur la publicité : et enfin qu'elles ne peuvent échapper, à aucun titre, aux dispositions répressives des art. 13, 14, 15, 45 (1).

Les membres du Conseil de surveillance ne sont pas civilement reponsables des délits commis par le gérant (art. 15 in fine). Sous la loi de 1856 qui ne contenait aucune disposition à cet égard, la jurisprudence les déclarait responsables des actes du gérant, en vertu de l'art. 1384 (2). L'objet de la disposition nouvelle a été d'empêcher que les membres du Conseil de surveillance ne puissent être cités devant le Tribunal correctionnel, comme civilement responsables des délits commis par le gérant. Ils sont responsables, personnellement, de leurs fautes et de leurs négligences. De là, on tire deux conséquences : 1° ils ne peuvent opposer comme fin de non-recevoir à l'action intentée contre eux, l'extinction de l'action publique à l'égard du gérant; 2° alors même que le gérant poursuivi en police correctionnelle serait renvoyé des fins de la prévention, ils pourraient être appelés à répondre devant les tribunaux du dommage résultant de l'annulation de la Société.

(1) Voir aussi sur cette question. Bulletin de la Soc. de législ. comparée 1875, p. 245 et suiv.

(2) Cass. 2 avril 1859. S. 59. 1. 353. — Rouen, 13 janv. 1860. S. 60. 2. 89. — Paris, 29 août 1861. S. 62. 1. 631.

Législations Étrangères (1)

La *Loi allemande* punit d'un emprisonnement d'un an au maximum, et en outre d'une amende de 10.000 marks au maximum, quiconque, dans une publication, allègue sciemment des faits faux ou dénature sciemment des faits vrais, pour déterminer des tiers à participer à une Société par actions. (Art. 249 d. 1°).

(1) Sources pour les Législations Étrangères. — Italie. Analyse du Code de Commerce italien. Annuaire de la Société de Législation comparée, 1883, p. 641. — Suisse, ibid. 1882, p. 564. Trad. du Code Fédéral des Oblig. — Allemagne. Trad. de la Loi sur les Sociétés en commandite par actions et les Sociétés anonymes. Ibid. 1885, p. 90 et 90. — Belgique. Loi de 1886. Ibid. p. 451 et 470. — Espagne. Annales de Droit commercial, 1887. Analyse du Titre du C. de Com. relatif aux Sociétés. Nouvelles et Informations, p. 180.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. Lorsqu'un débiteur avait fait un acte en fraude des droits de ses créanciers, le préteur accorda d'abord un interdit aux créanciers fraudés. Plus tard, il leur donna directement une action, mais l'interdit fraudatoire subsista quand même, et c'est ainsi qu'il faut expliquer la présence dans les textes du Digeste de l'interdit fraudatoire et de l'action paulienne.

II. La constitution de dot acte à titre onéreux vis-à-vis du mari est un acte à titre gratuit vis-à-vis de la femme ; par suite, les créanciers du constituant fraudator n'auront pas besoin pour agir contre elle par l'action paulienne de prouver sa complicité.

III. Il n'est pas exact de dire que les contributions foncières et autres charges ordinaires ou extraordinaires sont toujours supportées par le bailleur ; elles sont tantôt à la charge du bailleur, tantôt à la charge du preneur.

IV. La stipulation in duriorem causam n'est pas seulement réductible : elle est nulle pour le tout.

DROIT CIVIL

I. La femme divorcée n'a plus le droit de porter le nom de son mari.

II. La preuve du don manuel est soumise aux dispositions générales de la loi en matière de preuve ; il n'est pas permis d'en établir l'existence par les moyens légaux de preuve autres que la preuve littérale.

III. Lorsqu'il y a eu plusieurs cessions de bail successives, le bailleur n'a d'action directe que contre le preneur originaire et le cessionnaire actuel du bail.

IV. Le droit de rétention peut être invoqué par tout détenteur qui se trouve être créancier à l'occasion de la chose dont la restitution est réclamée.

DROIT ADMINISTRATIF

L'arrêté municipal qui réglemente le criage des journaux sur la voie publique est illégal. L'article 68 de la Loi du 29 juillet 1881 en abrogeant les Lois des 10 décembre 1830 et 16 février 1834 n'a pas eu pour conséquence de faire revivre les Lois des 16-24 août 1790 et 22 juillet 1791.

(La Loi du 20 mars 1889 a modifié cet état de choses.)

DROIT CRIMINEL

Le délai de dix ans pendant lequel doivent être encourues les condamnations susceptibles d'entraîner la rélégation se calcule à partir de la date de la dernière condamnation.

DROIT COMMERCIAL

L'agent d'affaires qui fait profession de gérer les affaires d'autrui moyennant salaire, est un commerçant, et doit, par conséquent, être inscrit sur les listes électorales consulaires.

PROCÉDURE CIVILE

Le tuteur ayant seul qualité pour agir en justice au nom du mineur a seul aussi qualité pour interjeter appel, à l'exclusion du subrogé-tuteur.

Vu :
Le Président de la Thèse,
Jules CABOUAT.

Vu :
Le Doyen de la Faculté.
Edmond VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Caen,
E. ZÉVORT.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

Des rapports de la Société avec les tiers.

Pages

Chapitre I. — **Notions générales sur le contrat de Société** 7

Chapitre II. — **La Société constitue-t-elle une personne morale en droit romain** 9

1er Système. — Toutes les Sociétés avaient la personnalité morale. 10

2e Système.— Aucune Société n'avait ce caractère. 13

3e Système. — En principe les Sociétés n'avaient pas la personnalité morale; par exception quelques Sociétés jouissaient de ce privilège. . . 18

Réfutation des systèmes précédents 25

Chapitre III. — **Rapports des Sociétés qui avaient la personnalité morale avec les tiers**. 38

Chapitre IV. — **Rapports des Sociétés qui n'avaient pas la personnalité morale avec les tiers**. 69

Pages

Pourquoi il n'est pas question des tiers au L. II. T. XVII. D. pro socio 70

I. Les associés administrant ensemble ont contracté collectivement et directement avec les tiers. 74

A. Au point de vue des dettes 74

Les associés s'obligent-ils pro portione virili ou proportionnellement à leur part dans la Société. 75

Les associés qui contractent ensemble s'obligent-ils solidairement 79

Cas dans lesquels les associés étaient tenus in solidum des dettes sociales 83

B. En ce qui concerne les créances 88

II. Quelques-uns des associés ou l'un quelconque des associés ont contracté avec les tiers. . . 91

A. Au point de vue des dettes 91

B. Au point de vue des créances. 92

III. La Convention a été passée par l'intermédiaire d'un esclave commun 93

A. Relativement aux dettes 93

B. Relativement aux créances 102

IV. Les associés ont traité par l'intermédiaire d'un mandataire homme libre. 104

Les associés sont-ils tenus dans ce cas in solidum. 105

La loi 82. D. Pro Socio prévoit-elle le cas d'une gestion d'affaires? — Discussion 110

TABLE

INTRODUCTION HISTORIQUE

Pages

Ancien régime. — Ordonnance de 1673 122
Compagnies privilégiées . . . 124
Période révolutionnaire. — Loi du 2 mars 1791. — Décret du 24 août 1793. — Décret du 17 vendemiaire, an II. — Décret des I-4 pluviôse, an II. — Décret des 26-29 germinal, an II. — Décret des 29 fructidor, an II et 29 ventôse, an III. — Loi du 30 brumaire, an IV. 131
Code de commerce. 134
Projet de loi de février 1838 146
Loi du 17 juillet 1856 149
Loi du 23 mai 1863 163
Loi du 24 juillet 1867. 171
Législations étrangères 172
Division. 174

PREMIÈRE PARTIE

Notions générales sur les Actions

Intérêt de la distinction entre les sociétés par intérêts et les sociétés par actions. 175
Caractères de l'action (irresponsabilité, cessibilité, négociabilité, etc.). — Criterium qui permet de distinguer l'action de l'intérêt 179

Pages

Définition de l'action 194
Diverses sortes d'actions 195
Actions de somme. — Actions de quotité. 195
Actions de capital.. industrielles de fondation } 195
Actions nominatives — à ordre — au porteur. . . 196
Actions de capital. — Actions de jouissance . . . 199
Actions nouvelles 202
Différences entre les actions et les obligations. . . 204

DEUXIÈME PARTIE

Conditions de constitution des Sociétés par Actions

CHAPITRE I. — **Souscription intégrale du capital social** 210
La réduction du capital est-elle possible lorsque le capital n'a pas été entièrement souscrit . . . 211
La souscription doit être ferme. 216
Conséquences de ce principe. 217
Souscriptions par séries 220
Le capital social une fois fixé ne peut être réduit. . 224
La souscription est définitive et irrévocable. . . . 224
Question du rachat des actions 226
Quid dans le cas où le rachat s'opère sur le fonds de réserve ou sur les bénéfices 235
Rachat des actions dans le nouveau projet de loi sur les sociétés. 237
Le gérant d'une société en commandite peut-il souscrire pour son compte des actions de la société ou en acheter. 238
Des actions de prime 240
Du contrat de souscription 242

Pages

Mentions que doit porter le bulletin de souscription d'après le nouveau projet de loi. 245
Législations étrangères 246

CHAPITRE II. — **Versement du quart.** 250
Le versement du quart doit-il nécessairement être effectué en espèces 251
Peut-il s'effectuer par voie d'écritures 254
Peut-il consister en immeubles, en travaux en fournitures, en industrie 257
Des actions mixtes 257
Le versement du quart peut-il avoir lieu par compensation 273
Législations étrangères 277

CHAPITRE III. — **Déclaration du gérant ou des fondateurs** 279

CHAPITRE IV. — **De l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers** 283

SECTION I. — Des apports et avantages soumis à l'approbation préalable. 284
Les formalités de l'article 4 sont-elles applicables dans le cas où celui qui a fait l'apport ou qui a stipulé les avantages est un gérant 291

SECTION II. — Des assemblées à qui la loi donne mission de prononcer sur les apports en nature et les avantages particuliers. — De leurs délibérations et de leurs votes. 296
La nomination d'une commission est-elle nécessaire pour la rédaction du rapport prescrit par l'art. 4? 302
Conditions exigées pour la validité des délibérations :
Sociétés en commandite 306
Sociétés anonymes 306
Les deux majorités en nombre et en sommes s'appliquent-elles aux délibérations des deux assemblées générales 308

Pages

Lorsque l'une ou l'autre des majorités n'est pas atteinte, la société est-elle nécessairement et radicalement nulle 310

Lorsque des actionnaires d'apport sont en même temps souscripteurs en numéraire y a-t-il lieu pour calculer le quart en nombre ou en sommes, au point de vue de la majorité de faire abstraction des associés qui réunissent la double qualité de souscripteurs et d'apporteurs en nature et de défalquer le montant de leurs actions sur le capital en numéraire 315

Les associés apporteurs en nature ou ayant stipulé des avantages particuliers sont-ils exclus même des assemblées où vont se discuter les apports et les avantages d'autres associés. 318

Section III. — Conséquences du vote de la deuxième assemblée. 321

1er *Cas.* — L'assemblée générale approuve les apports en nature et les avantages particuliers. . . 321

2e *Cas.* — L'assemblée générale refuse son approbation 323

3e *Cas.* — Les apporteurs en nature acceptent les évaluations de l'assemblée et les bénéficiaires d'avantages particuliers acceptent ou offrent une réduction sur les avantages. 325

Section IV. — Exception à l'art. 4. 334

Règle établie par le nouveau projet de loi 339

Législations étrangères 340

CHAPITRE V. — **De la nomination du Conseil de surveillance, des Administrateurs et des Commissaires** 343

Section I. — Nomination du Conseil de surveillance 343

Par qui est-il nommé?. 345

Nombre de ses membres. 350

Les statuts peuvent-ils exiger que chaque membre du Conseil de surveillance soit propriétaire d'un certain nombre d'actions. 356

Pages

SECTION II. — De la nomination des Administrateurs et des Commissaires de surveillance. . . . 364

Nomination des administrateurs *a)* par l'assemblée générale. . . 365

b) par les statuts. 367

Les administrateurs doivent être actionnaires . . . 368

Nomination des commissaires avant la Constitution de la Société 369

Différences entre leurs fonctions et celles du Conseil de surveillance 369

Législations étrangères 372

CHAPITRE VI. — **Nombre d'associés au-dessous duquel la Société anonyme ne peut être constituée**. 373

L'individu qui a effectué un apport mais à qui il n'est pas délivré de titre, qui participe aux bénéfices mais qui ne pourra participer au partage du fonds social d'après une clause des statuts, doit-il être considéré comme actionnaire et peut-il faire nombre au point de vue de l'art. 23. . . 374

CHAPITRE VII. — **Notions sur la publicité**. 378

Dépôt de l'acte constitutif et pièces à annexer . . . 378

Publication dans les journaux. — Énonciations de l'extrait. 381

L'apport en industrie doit-il faire l'objet d'une estimation et figurer dans l'extrait parmi les valeurs fournies. 383

Délai de publication. 386

De la publication dans le nouveau projet de loi sur les Sociétés. 388

Législations étrangères 389

APPENDICE. — Les règles relatives à la souscription intégrale, au versement du quart, etc., s'appliquent-elles au cas d'augmentation du capital social 392

TROISIÈME PARTIE

Nullité de la Société

Pages

Différentes causes de nullité. 402

I. — *Caractère de la nullité prononcée par les articles 7 et 41* 404

Dans quel délai la nullité doit-elle être opposée . . 406

II. — *Par qui et contre qui la nullité peut-elle être demandée* 410

La nullité est inopposable aux tiers par les associés, 411

— même lorsque les tiers ont été de mauvaise foi 414

Personnes qui sont comprises par la loi sous le terme « intéressés ». 415

1° Créanciers sociaux 415

2° Associés. 417

3° Créanciers personnels des associés. 420

Que décider lorsqu'ils sont en présence des créanciers sociaux. 422

III. — *Conséquences de la nullité déclarée. — Effets de la nullité.* 425

1° Effets de la nullité dans les rapports des associés entre eux 427

A. La Société est annulée sur la demande de l'un des associés, alors qu'elle n'a encore fait aucune opération sociale. 427

B. La Société a fonctionné pendant un certain temps 428

2° Effets de la nullité dans les rapports des associés avec les créanciers sociaux. 441

3° Effets de la nullité dans les rapports des associés avec leurs créanciers personnels 444

4° Rapports des créanciers personnels des associés avec les créanciers sociaux 446

Législations étrangères 448

QUATRIÈME PARTIE

Des responsabilités qui découlent de la nullité des Sociétés par Actions

Pages

CHAPITRE I. — **Responsabilités civiles** . . 449

Il faut que la nullité ait été déclarée 450
Exceptions. 450

Section I. — Sociétés en commandite par actions. 454
1° Responsabilité des gérants. 455
2° Responsabilité des membres du Conseil de surveillance 457
Fondement de leur responsabilité 459
Elle est facultative pour les tribunaux 461
Étendue de cette responsabilité 465
3° Responsabilité des associés dont les apports ou les avantages n'ont pas été vérifiés et approuvés. 467
Lorsque l'une de ces deux dernières classes de personnes a été déclarée responsable, a-t-elle un recours contre les gérants 470

Section II. — Sociétés anonymes. 472
1° Responsabilité des fondateurs 473
Quelles personnes doivent être considérés comme fondateurs. 473
La responsabilité est-elle obligatoire 477
2° Responsabilité des Administrateurs 477
La responsabilité de l'art. 42 s'applique-t-elle même aux administrateurs nommés par l'assemblée générale 478
3° Responsabilité des associés dont les apports n'ont pas été vérifiés ou approuvés 486
Caractère de la responsabilité de l'art. 42. 487
Son étendue 488
A. En ce qui concerne les actionnaires, la responsabilité comporte-t-elle un maximum et un minimum 490

Pages

Lorsque l'une ou l'autre des majorités n'est pas atteinte, la société est-elle nécessairement et radicalement nulle 310

Lorsque des actionnaires d'apport sont en même temps souscripteurs en numéraire y a t-il lieu pour calculer le quart en nombre ou en sommes, au point de vue de la majorité de faire abstraction des associés qui réunissent la double qualité de souscripteurs et d'apporteurs en nature et de défalquer le montant de leurs actions sur le capital en numéraire 315

Les associés apporteurs en nature ou ayant stipulé des avantages particuliers sont-ils exclus même des assemblées où vont se discuter les apports et les avantages d'autres associés. 318

Section III. — Conséquences du vote de la deuxième assemblée. 321

1er *Cas*. — L'assemblée générale approuve les apports en nature et les avantages particuliers. . . 321

2e *Cas*. — L'assemblée générale refuse son approbation 323

3e *Cas*. — Les apporteurs en nature acceptent les évaluations de l'assemblée et les bénéficiaires d'avantages particuliers acceptent ou offrent une réduction sur les avantages. 325

Section IV. — Exception à l'art. 4. 334

Règle établie par le nouveau projet de loi 339

Législations étrangères 340

CHAPITRE V. — **De la nomination du Conseil de surveillance, des Administrateurs et des Commissaires** 343

Section I. — Nomination du Conseil de surveillance 343

Par qui est-il nommé?. 345

Nombre de ses membres. 350

Les statuts peuvent-ils exiger que chaque membre du Conseil de surveillance soit propriétaire d'un certain nombre d'actions. 356

Pages

SECTION II. — De la nomination des Administrateurs et des Commissaires de surveillance. . . . 364

Nomination des administrateurs *a)* par l'assemblée générale. . . 365

b) par les statuts. 367

Les administrateurs doivent être actionnaires . . . 368

Nomination des commissaires avant la Constitution de la Société 369

Différences entre leurs fonctions et celles du Conseil de surveillance 369

Législations étrangères 372

CHAPITRE VI. — **Nombre d'associés au-dessous duquel la Société anonyme ne peut être constituée**. 373

L'individu qui a effectué un apport mais à qui il n'est pas délivré de titre, qui participe aux bénéfices mais qui ne pourra participer au partage du fonds social d'après une clause des statuts, doit-il être considéré comme actionnaire et peut-il faire nombre au point de vue de l'art. 23. . . 374

CHAPITRE VII. — **Notions sur la publicité**. 378

Dépôt de l'acte constitutif et pièces à annexer . . . 378

Publication dans les journaux. — Énonciations de l'extrait. 381

L'apport en industrie doit-il faire l'objet d'une estimation et figurer dans l'extrait parmi les valeurs fournies. 383

Délai de publication. 386

De la publication dans le nouveau projet de loi sur les Sociétés. 388

Législations étrangères 389

APPENDICE. — Les règles relatives à la souscription intégrale, au versement du quart, etc., s'appliquent-elles au cas d'augmentation du capital social 392

TROISIÈME PARTIE

Nullité de la Société

Pages

Différentes causes de nullité. 402

I. — *Caractère de la nullité prononcée par les articles 7 et 41* 404

Dans quel délai la nullité doit-elle être opposée . . 406

II. — *Par qui et contre qui la nullité peut-elle être demandée* 410

La nullité est inopposable aux tiers par les associés, 411

— même lorsque les tiers ont été de mauvaise foi 414

Personnes qui sont comprises par la loi sous le terme « intéressés ». 415

1° Créanciers sociaux 415

2° Associés. 417

3° Créanciers personnels des associés. 420

Que décider lorsqu'ils sont en présence des créanciers sociaux. 422

III. — *Conséquences de la nullité déclarée. — Effets de la nullité.* 425

1° Effets de la nullité dans les rapports des associés entre eux 427

A. La Société est annulée sur la demande de l'un des associés, alors qu'elle n'a encore fait aucune opération sociale. 427

B. La Société a fonctionné pendant un certain temps 428

2° Effets de la nullité dans les rapports des associés avec les créanciers sociaux. 441

3° Effets de la nullité dans les rapports des associés avec leurs créanciers personnels 444

4° Rapports des créanciers personnels des associés avec les créanciers sociaux 446

Législations étrangères 448

QUATRIÈME PARTIE

Des responsabilités qui découlent de la nullité des Sociétés par Actions

Pages

CHAPITRE I. — **Responsabilités civiles** . . 449

Il faut que la nullité ait été déclarée 450
Exceptions. 450

Section I. — Sociétés en commandite par actions. 454
1° Responsabilité des gérants. 455
2° Responsabilité des membres du Conseil de surveillance 457
Fondement de leur responsabilité 459
Elle est facultative pour les tribunaux 461
Étendue de cette responsabilité 465
3° Responsabilité des associés dont les apports ou les avantages n'ont pas été vérifiés et approuvés. 467
Lorsque l'une de ces deux dernières classes de personnes a été déclarée responsable, a-t-elle un recours contre les gérants 470

Section II. — Sociétés anonymes. 472
1° Responsabilité des fondateurs 473
Quelles personnes doivent être considérés comme fondateurs. 473
La responsabilité est-elle obligatoire 477
2° Responsabilité des Administrateurs 477
La responsabilité de l'art. 42 s'applique-t-elle même aux administrateurs nommés par l'assemblée générale 478
3° Responsabilité des associés dont les apports n'ont pas été vérifiés ou approuvés 486
Caractère de la responsabilité de l'art. 42. 487
Son étendue 488
A. En ce qui concerne les actionnaires, la responsabilité comporte-t-elle un maximum et un minimum 490

Pages

B. Les fondateurs et les administrateurs sont-ils responsables de la totalité des dettes sociales à l'égard des tiers 491

Envers quelles personnes la responsabilité est-elle encourue 511

Législations étrangères 513

CHAPITRE II. — **Sanctions pénales** 516

Les faits prévus par les articles 13, 14 et 15 sont-ils des délits ou des contraventions?—Conséquences 528

L'action civile des art. 8 et 42 est-elle soumise à la prescription triennale de l'art. 638 I. Cr. . . 535

Les sociétés étrangères sont-elles soumises aux dispositions pénales des art. 13, 14, 15. . . . 542

Les art. 13, 14, 15 sont-ils applicables aux Sociétés civiles à formes commerciales?. 543

POSITIONS 552

15173 - Imp. Le Bigot frères, r. Nationale, 68, et r. Nicolas-Leblanc, 9 et 11.